جامعة الشرق الأوسط
MIDDLE EAST UNIVERSITY

القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم

دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والعراقي

The Law Applicable to The Arbitration Disputes A Comparative Study Between The Jordanian and Iraqi Laws

إعداد الطالب

سمير عبود فرحان

(401420079)

إشراف

الأستاذ الدكتور مهند عزمي أبو مغلي

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير

في القانون الخاص

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق

جامعة الشرق الأوسط

كانون الثاني / 2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

« إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا »

سورة النساء / الآية /58

ب

التفويـض

أنا الطالب / سمير عبود فرحان المحمدي أفوض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي المعنونة "**القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم دراســـة مقارنة بين القانونين الأردني والعراقي**" للمكتبات الجامعية أو المؤسسات أو الهيئات أو الأشخاص المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها.

الاسم: سمير عبود فرحان

التوقيع:

التاريخ: 14 / 1 /2017م

ج

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة وعنوانها: " القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم . دراسة مقارنة بين القانونين الاردني والعراقي" وأجيزت بتاريخ 2017/01/14.

أعضاء لجنة المناقشة:

الاستاذ الدكتور مهند أبو مغلي	مشرفاً و رئيساً	التوقيع..............................
الدكتور مأمون الحنيطي	عضواً داخلياً	التوقيع..............................
الدكتور محمود الشوابكة	عضوا خارجياً	التوقيع..............................

الشكر والتقدير

بدايةً أتقدم بعظيم الشـــكر والامتنان إلى وطني الثاني المملكة الأردنية الهاشـــمية.. ملكاً.. وحكومةً.. وشعباً على ما قدموه لي ولإخوتي الطلبة من الدعم والرعايا وحسن الضيافة..

كما أتقدم بالشـكر إلى جامعتي (جامعة الشـرق الأوسـط) وإلى أسـاتذتي الأفاضـل في كلية الحقوق على ما قدموه لي من معارف وإثراء في المعلومات..

ولا يسـعني إلا أن اذكر بالتقدير والامتنان أسـتاذي الفاضـل الدكتور مهند عزمي أبو مغلي لإشرافه على هذه الرسالة ولما بذله معي من جهد مخلص وأشيد بصبره وحلمه وسعة صدره وتدقيقه وإبداء ملاحظاته الأثر الواضـح في توجيه سـبر رسـالتي هذه نحو الاتجاه الصـحيح فجزاه الله تعالى خير الجزاء وأمد الله في عمره خدمة للعلم ورواده والمعرفة وطلابها.

كما أتقدم بالشـكر والتقدير إلى أعضــاء اللجنة التي تفضـلت بمناقشــة رسـالتي وأعدهم بأن تكون ملاحظاتهم محط اهتمامي وعنايتي.

كما أتقدم بالشكر والعرفان لجميع زملائي وكل من شارك أو ساهم في إتمام هذه الرسالة.

الإهــداء

إلى.. أبي الغالي المغفور له...

إلى.. والدتي العزيزة حفظها الله ومدَّ في عمرها...

إلى.. عمي العزيز الدكتور عماش فرحان المحمدي رعاه الله وحفظه...

إلى.. إخواني وأخواتي حفظ الله تعالى الجميع...

إلى.. زوجتي وأولادي وبناتي حفظهم الله من كل مكروه...

أهدي هذا الجهد المتواضع الذي أبتغي به وجه الله تعالى

الباحث

قائمة المحتويات

القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم
دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والعراقي

إعداد الطالب

سمير عبود فرحان المحمدي

إشراف الأستاذ الدكتور مهند عزمي أبو مغلي

الملخص

تناولت هذه الدراسة موضوع القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم، وذلك من خلال المقارنة بين التشريع الأردني والعراقي، ولقد استعرض الباحث من خلال دراسة ماهية التحكيم ومفهومه، وما يتمتع به من أهمية، حيث يعتبر التحكيم أحد من أهم البدائل لحلِّ المنازعات مقارنة بالقضاء العادي، وذلك لما يتمتع به التحكيم من مرونة وسرعة تتناسب مع ما يعترض الأعمال التجارية والاقتصادية على الصعيد الوطني والدولي من مشكلات مستحدثة، كما ينفرد التحكيم بعدد من الخصائص أدَّت إلى زيادة التعامل به وانتشاره كنظام قانوني لفض المنازعات وحسمها بين الأطراف المختلفة.

كما سلطت الدراسة الضوء على الطبيعة القانونية للتحكيم، وحاول الباحث من خلال هذه الدراسة تحليل واستعراض مختلف النظريات التي قامت بالطبيعة القانونية للتحكيم، سواء كانت النظريات الأحادية أو الثنائية، ولم يفت الباحث بهذا الصدد التطرُّق إلى أسانيد كل نظرية والانتقادات التي وجهت إليها.

ولكي تخرج الرسالة بحالة من التكامل القانوني فيما يتعلق بموضوع التحكيم تناول الباحث الشروط الموضوعية الواجب توافرها في التحكيم.

كما تناولت الدراسة بالبحث والتحليل، القواعد الموضوعية والإجراءات في منازعات التحكيم مستعينة بالتشريعات المقارنة تارةً وما تيسر من أحكام المحاكم تارة أخرى، وقدم البحث شرحاً مفصلاً عن حرية الأطراف في اختيار القواعد الموضوعية والإجراءات في منازعات التحكيم والقيود الواردة عليها، والتي تم التنصيص عليها في التشريعين العراقي والأردني، وكذلك لم تغفل الدراسة سلطات المحكم أو هيئة التحكيم في اختيار القواعد الموضوعية وأسانيد ذلك في كل من التشريعين، وكذلك تم استعراض القيود الواردة على هذه السلطات.

وأخيراً تم تناول نطاق القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم من خلال اختيار الأطراف الصريح أو الضمني أو من خلال، معرفة دور المحكم في الوقوف على القانون الواجب التطبيق، وذلك من خلال معرفة دوره في التثبت من وجود اتفاق التحكيم، ومدى صحة هذا الاتفاق.

ولقد توصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج أهمها: سعي المشرِّع الأردني من خلاله إلى مواكبه التطوُّر التشريعي فيما يتعلَّق بموضوع التحكيم، وخصوصاً التحكيم الدولي. لم يتعامل المشرِّع العراقي بما يتناسب مع قضاء التحكيم من خلال قانون المرافعات المدنية العراقي، وبالتالي كان قانون التحكيم العراقي لم يتطرَّق إلى التحكيم الدولي وقد استند في غالب الأمر إلى المبادئ العامة في القانون المدني.

ولقد خلصت الدراسة إلى مجموعة من التوصيات، أهمها: ضرورة تفعيل قضاء التحكيم بشكل أكبر والعمل على تطبيقه وإيجاد الأرضية القانونية لذلك، خصوصاً مع وجود قانون التحكيم الأردني، على المشرِّع العراقي إقرار قانون التحكيم، وعدم التردُّد بتطبيق أحكام المحاكم الأجنبية داخل العراق.

الكلمات المفتاحية: القانون، القانون الواجب التطبيق، التحكيم، منازعة التحكيم.

The Law Applicable Law to The Arbitration Disputes A Comparative Study Between The Jordanian and Iraqi Laws

Prepared by

Samir Aboud Farhan Mohammadi

Supervisor

Prof. Dr. Muhannad Azmi Abu Moghli

Abstract

The study addressed the issue of the applicable law to the arbitration disputes through comparison between the Jordanian legislation, and the Iraqi legislation. The researcher reviewed the nature and the concept of arbitration and its significance. Where arbitration is one of the most important alternatives to resolve disputes, compared with the normal judiciary, and this is due to its flexibility and its speed which suit the emergent obstacles that face the commercial and economic business on the national and international levels. Also, arbitration is unique for a number of characteristics that increased the deal through and the spread of its use, as a legal system to settle disputes between the various parties.

The study also highlighted the legal nature of arbitration, through the researcher attempt to address and analyze the different theories related to the legal nature of arbitration, whether the theories of unilateral and belittler with touched on the boosters and criticism to both theories.

In order to access the thesis in the case of legally integrated in respect the arbitration topic, the researcher addressed the objective terms that should be available in arbitration. Also, the study examined the analysis of objective rules and procedures in disputes arbitration using the comparative legislations and court rulings. Then the researcher introduced a detailed explanation to the parties' freedom in selecting of the objective

rules, and the procedures of the disputes' arbitration, and constraints stipulated in Jordanian and Iraqi legislations. The study also did not ignore the powers of the arbitrator, or the arbitral tribunal in the selection of the substantive rules, and their foundations in both the Jordanian and Iraqi legislatures.

Finally, the study addressed the scope of the law applicable to the arbitration disputes through explicit or implicit choice, or by identifying the role of arbitrator in invoking the applicable law. And this is through knowing his role in the sure of existence of arbitration agreement, and to what extent the agreement is right.

The most important results of the study; the Jordanian legislator sought to keep up the legislative developments relating to arbitration, especially the international arbitration. Iraqi legislator did not deal appropriately with arbitration through the Iraqi Code of Civil Procedure, therefore it was humble, and did not mention the international arbitration, but relied mostly on the general principles of civil law.

The study resulted on of a set of recommendations, the most important, the necessity for activation the role of arbitration judges largely, and working to apply it, and creating a legal ground for its especially with the existence Jordanian arbitration law, Iraqi legislator should take action to issue the arbitration law. And for the present period should not be any hesitation to apply the provisions of foreign courts inside Iraq.

Key Words ،Law ، The Law Applicable ، Disputes، The Arbitration Disputes.

الفصل الأول

خلفية الدراسة وأهميتها

تمهيد:

الحمد لله رب العالمين، وأفضل الصلاة والتسليم على نبيّ الهدى سيدنا محمد وعلى آله الطيّبين الطاهرين، وصحابته ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

لا شكَّ في أنَّ التحكيم أصبح من مظاهر العصر الحديث، وقد ازدادت أهميته بسبب التطوّر والتقدّم واتّساع حرية التجارة والتعاون الدولي في مجالات كثيرة ومتنوعة، وقد رافق هذا التطوّرَ نشوبُ منازعات، سواءٌ بين الأشخاص أم بين الدول، ممّا دفعها إلى اللجوء إلى التحكيم لفضِّ المنازعات، ويُعَدُّ نظامُ فضِّ المنازعات واحداً من الوسائل البديلة لحلِّ النزاعات؛ لأنّه يتّسمُ بسماتِ المرونة والسرعة في حسم المنازعات، وهذا يُعَدُّ مبدأً من مبادئ العدالة التي ينشدها الإنسان، ويسعى إلى تحقيقها، إضافةً إلى سهولة إجراءاته، فضلاً عمّا يحققه من سرّيّة للمتنازعين من تجار ورجال أعمال ومستثمرين، حيث لا يستطيع أحدٌ أن يطّلع على المنازعات سوى المُحكّمين، لذلك حَرَصَ المتنازعون غالباً على عدم عرض منازعتهم على القضاء العادي بسبب تعدّد الإجراءات، والتأخير في الحسم النهائي للنزاع؛ إطالة أمد التقاضي.

من أهمّ الأهداف الرئيسية التي يلجأ إليها التجار في المنازعات التجارية التحكيم، بوصفه وسيلةً لفضِّ منازعتهم العَقْدية؛ وذلك بسبب عدم خضوع عقودهم إلى سلطات القوانين الداخلية،

وإنّما يتمُّ اتفاق الأطراف على القواعد الموضوعية، التي تستمدُّ قوتها وصفتها القانونية من الأطراف المتنازعة[1].

وأيضـــاً يُعَدُّ التحكيمُ من الحلول المختارة لتســوية النزاعات، التي عالجها المُشــرِّع الأردني حديثاً في القانون رقم (31) لسـنة (2001)[2]، وإنَّ حكمَ التحكيم يقوم أسـاسـاً لصـحة اتفاق التحكيم والمتضـــمّن في العقد الأصـــلي، والقاعدة تقول: (إنَّ العقدَ شـــريعةُ المتقاعدين)، وعلى مبدأ حرية أطراف العلاقة، وبمحض إرادتهم، وفي البلد الذي يقيمون فيه[3].

وهذا النزاع يتطلّب إجراءات التحكيم، وكذلك المســـائل الموضـــوعية، وتجري وَفْقاً للقواعد القانونية، التي يجب أن تكون معيّنةً ومحدّدة، إلى أن ينتهيَ بتحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم، وبعدها يصدر حكمُ التحكيم القابلُ للتنفيذ[4].

---

(1) هشـــــام علي صـــــادق (2001)، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط2، ص249-252.

(2) مصعب القطاونة (2012)، شرح نصوص قانون التحكيم الأردني، عمان، العبدلي، ط1، ص14.

(3) أشرف عبد العليم الرفاعي (2003)، اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، ص21.

(4) أشرف عبد العليم الرفاعي (2003)، النظام العام والقانون واجب التطبيق، دار الفكر الجامعي، ص22.

أولاً – مشكلة الدراسة وأسئلتها:

تظهرُ مشـــكلةُ هذه الدراســـة في صـــعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات المعروضــة على التحكيم، في حال عدم اتّفاق أطراف النزاع على قانون محدّد بالعقد ســابقاً، عندئذٍ نقول: ما هي القواعد الموضوعية للتوصّل إلى القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم؟

❖ أسئلة الدراسة:

- ما مدى تأثير القواعد الموضوعية على القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم ضمن القانونَيْنِ الأردني والعراقي؟
- ما هي القواعد التي تحكمُ سيرَ المنازعة؟
- ما هو القانون الذي سوف يُطبّقه المُحكّم على إجراءات التحكيم عند غياب إرادة المُحكّمين؟

ثانياً – أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم، ومن خلال معرفة القواعد الموضوعية، وأساس تطبيقها على المنازعات المطروحة في التحكيم، والمقارنة بين القانونَيْنِ الأردني والعراقي.

ثالثاً – أهمية الدراسة:

تظهر أهمية الدراســة بانتشــار نظام التحكيم كأسـلوبٍ من أســاليب فضِّ المنازعات بالطرق السلميّة، إضافة إلى تسليط الضوء لمعرفة وتحديد مفهوم تنفيذ حكم التحكيم، وكذلك تحديد الخطوات الإجرائية وَفْقَ ما نصّ عليه القانونَيْنِ الأردني والعراقي.

رابعاً – حدود الدراسة:

تتحدّد الدراسة مكانياً وزمانياً وموضوعياً على النحو التالي:

الحدود المكانية: يشـــمل الإطار المكاني كلّاً من قانون التحكيم الأردني في المملكة الأردنية الهاشمية، وقانون المرافعات المدنية في جمهورية العراق.

الحدود الزمانية: تقتصر هذه الدراسة على قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة (2001)، وكذلك نصوص التحكيم من قانون المرافعات المدنية الرقم (83) لسنة 1969.

الحدود الموضـوعية: تتناول هذه الدراســةُ القواعدَ الموضــوعية المُطبّقة على منازعات التحكيم وَفْقاً لقانون التحكيم الأردني ونصوص التحكيم ضمن قانون المرافعات المدنية العراقي.

المحدّدات:

هي القوانين محلّ الدراســة في ظلّ التشــريع الأردني والعراقي والمقارنة بينهما، ومن ثمَّ لا يوجد هناك ما يحول دون تعميم نتائج الدراســـة في المملكة الأردنية الهاشــمية وجمهورية العراق وتناولت هذه الدراسة المنهج المقارن.

خامساً – المصطلحات الإجرائية للدراسة:

التحكيم لغةً:

لغةً: "حكّموه بينهم: أمروه أن يحكمَ بينهم، ويقال حكّمنا فلاناً فيما بيننا؛ أي أجزنا حكمه بيننا"[1]. وأيضاً معناه: " التفويض في الحكم، فهو مأخوذ من حكم (وأحكمه فاستحكم)؛ أي صار (مُحكّماً) في ماله، (تحكيماً) إذا جعل إليه الحكم فيه (فاحتكم) عليه في ذلك"[2].

التحكيم اصطلاحاً:

التحكيم في الاصطلاح الشرعي هو: " تولية الخصمين حَكَماً يحكمُ بينهما، أي اختيار ذوي الشأن شخصاً أو أكثر، للحكم فيما تنازعا فيه دون أن يكون للمُحكّم ولاية القضاء بينهما"[3].

التحكيم فقهاً:

" النظام الذي بموجبه يسوّي طرف من الغير خلافاً قائماً بين طرفين أو عِدّة أطراف، ممارساً لمهنة قضائية عهدت إليه عن طريق هؤلاء الأطراف "[4].

---

(1) جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور (ت711هـ). **لسان العرب:** دار صادر، القاهرة (1300هـ–1882م)، ج15، ص31، 32.

(2) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، (ت817هـ)، **القاموس المحيط**، مؤسسة الحلبي وشركاؤه للطبع والنشر، القاهرة، ج4، ص98.

(3) عبد الفتاح مراد ، **شرح تشريعات التحكيم الداخلي والدولي**، 1997، مصر، الإسكندرية، ص19.

(4) حفيظة السيد الحداد ، **الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي**، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 4–2، ص42.

التحكيم قانوناً:

"هو احتكام المتخاصمين إلى شخص أو أكثر لفصل نزاعاتهم القائمة أو التي ستقوم على ما ذهب إليه القانون الأردني والاجتهاد الأردني، كما جاء بقرار محكمة التمييز الأردنية رقم 72/37[1].

شرط التحكيم:

" هو الاتفاق مقدّماً وقبل قيام النزاع على عرض المنازعات التي قد تنشأ في المستقبل، خاصةً بتنفيذ عقد معين على مُحكّمين"[2].

مشارطة التحكيم:

"هي عقد في موضوع نزاع نشأ فعلاً، ولهذا يشترط لصحته ما يشترط لصحة العقود الأخرى"[3].

الوسائل البديلة:

" مجموعة من الإجراءات التي تُشكّل بديلاً عن المحاكم في حسم النزاعات، وغالباً ما تستوجب تدخّلَ شخصٍ ثالث نزيه ومحايد"[4].

---

(1) مجلة نقابة المحامين الأردنيين، 1972، ص380، 383.

(2) قحطان عبد الرحمن الدوري (2002)، **عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، ط1، دار الفرقان للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص22.

(3) عبد الهادي عباس وجهاد هواشي (1997)، **التحكيم في المنازعات الدولية**، المكتبة القانونية، دمشق، ط2، ص53.

(4) إيناس خلف الخالدي (2016)، **التحكيم والوسائل البديلة لحل المنازعات**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص49.

هيئة التحكيم:

هي الهيئة المُشـكّلة من مُحكّم واحد أو أكثر للفصـل في النزاع المحال إلى التحكيم، وَفْقاً لأحكام قانون التحكيم الأردني لسنة (2001)[1].

القانون واجب التطبيق:

هو القانون المتّفق عليه بين أطراف النزاع، وهذا القانون هو عادةً ذات القانون المطبّق على العقد الأصلي الذي يتضمّن شرط التحكيم[2].

القواعد الموضوعية:

" مجموعة القواعد الموضوعية أو المادية ذات المضمون الدولي أو العالمي الموجود أصلاً، أو المُعدّة خصيصاً لتعطيَ حلاّ مباشراً ينهي النزاع أو يتفاداه في علاقة خاصة ذات طابع دولي "[3].

المُحكّم:

هو شخص يتمتّع بثقة الخصوم، أولوه عنايةَ الفصل في خصومة قائمة بينهم، وقد يتمُّ تعيينه من قبل المحكمة المختصّة في الحالات التي نصَّ عليها القانون للقيام بذات المَهمّة المتقدّمة[4].

اتفاق التحكيم:

" هو الاتّفاق بين طرفين على أن يميلوا النزاع الذي سوف ينشأ بينهم في علاقات معينة إلى هيئة التحكيم لحسم النزاع بينهم "[5].

---

(1) محمد داود الزعبي ، **دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية**، (2011)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، ص22.

(2) أحمد محمد عبد الصادق (2014)، **المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي**، دار القانون للإصدارات القانونية، ط1، ص

(3) محمد عبد الله محمد المؤيد ، **منهج القواعد الموضوعية**، (1998)، دار النهضة العربية، القاهرة، ص39.

(4) أبو العلا علي النمر، **المُحكّمون دراسة تحليلية لإعداد المحاكم**، جامعة عين شمس، ص9.

(5) حمزة حداد (2010)، **التحكيم في القوانين العربية**، دار الثقافة للنشر، عمان، ص45.

سادساً: الإطار النظري والدراسات السابقة

1- الأدب النظري:

وتناولت الدراسة تطبيق القواعد الموضوعية للقانون على المنازعات المطروحة على التحكيم، إضافة إلى المقارنة بين التشريع الأردني والعراقي، ومن خلال المعيار القانوني الذي يستندُ إلى قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة لتحديد القانون الواجب التطبيق على القواعد الموضوعية.

وستعالج الدراسة موضوعها في خمسة فصول، فتعرض في الفصل الأول: خلفية الدراسة وأهميتها، أمّا الفصل الثاني: ماهيّة التحكيم وطبيعته، والفصل الثالث: سيتناول القواعد الموضوعية والإجراءات في منازعات التحكيم، والفصل الرابع: سيتم البحثّ في نطاق القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم، وأخيراً الفصل الخامس: سيتضمّن الخاتمة والتوصيات.

2- الدراسات السابقة:

1- دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في الأردن، ياسر عبد الهادي البستنجي، جامعة مؤتة، عمادة الدراسات العليا، الحقوق قسم القانون الخاص، 2007.

عالجت هذه الدراسة نظام التحكيم والاستثمار الأجنبي، وبيّن الباحث الأسباب التي جعلت نظام التحكيم من أفضل الوسائل لتسوية المنازعات، تحديداً الاستثمار، وأيضاً تمَّ التطرّق لبعض المعوّقات التي تقف أمام هذه الدراسة في تسوية هذا النوع من المنازعات، مع بيان موقف القوانين الأردنية ذات العلاقة من هذه المسائل، في حين جاءت هذه الدراسة بشكلٍ عامّ لبيان القواعد الموضوعية عند غياب إرادة المُحكّمين عند تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع.

2- فضّ منازعات عقود توريد التكنولوجيا عن طريق التحكيم، سوزان غازي مصطفى، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، كلية الحقوق، القانون الخاص، 2009.

لقد بيّنت الباحثة من خلال هذه الدراسة أنَّ عقودَ توريد التكنولوجيا لم تُخَطَّطْ بتنظيمٍ تشريعي خاصّ بها، وبالتالي أشار الباحث في حالة غياب قانون إرادة الأطراف تُطبَّقُ عليها القواعد العامة للعقود في القانون المدني، أمّا موضوع دراستنا فستنصبُّ هذه الدراسة على القواعد الموضوعية عند غياب إرادة المُحكّمين عن تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع.

3- القانون واجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني، سعد خليفة الهيفي، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشرق الأوسط، 2013، كلية الحقوق، القانون الخاص.

تتضمّن هذه الرسالة دراسةً عن موضوع معرفة القانون واجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني، وإجراءاته من المسائل المهمة، ذلك أنَّ معرفة هذا القانون هي الأساس في إصدار حكم التحكيم، وأخيراً حسم النزاع، إضافةً إلى ذلك بيّنت مدى كفاية النصوص القانونية الحالية في التشريع الكويتي للتطبيق على التحكيم الإلكتروني، في حين ستنصبُّ هذه الدراسة على القواعد الموضوعية عند غياب إرادة المُحكّمين عن تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع.

4- التحكيم كوسيلة لحلّ المنازعات في العقود الإدارية، عبد الله محمد سلامة البطوش، رسالة ماجستير، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، كلية الدراسات العليا، قسم القانون المقارن، 2014.

وتتضمّن هذه الرسالةُ دراسةً عن موضوع اللجوء للتحكيم كوسيلة لحلِّ المنازعات في العقود الإدارية، وتُعَدُّ هذه الدراسة في الموضوعات الجديدة التي انتبه إليها المشرّع في مختلف الدول، والتحكيمُ في الوقت الحاضر لم يقتصر على المنازعات المدنية والتجارية الدولية، بل أصبح نطاقه أوسعَ ليشملَ مجالاتٍ أكثر، ومنها المنازعات الإدارية التي تكون الدولةُ أو أحدُ أشخاص القانون العام طرفاً فيها، بوصفها سلطةً عامّة، وقد تمّ بيان موقف المشرّع الأردني من التحكيم في العقود الإدارية، حيث لم يُحسَمِ الخلافُ حول مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في قانون التحكيم الحالي، في حين جاءت هذه الدراسة لبيان القواعد الموضوعية لكيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم.

5- القانون الواجب التطبيق على التحكيم دراسة مقارنة، إيلاف خليل الصالح، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2014، كلية الحقوق، القانون الخاص.

تناولت هذه الدراسةُ موضوعَ القانون الواجب التطبيق على التحكيم، وبشكلٍ عامّ، وهذا له أهمية كبيرة، وذلك في ظلّ التطوّر الحاصل في الدول كافة، وفي الوقتِ نفسه يؤدّي هذا التطوّرُ إلى بروز مشاكل من خلال التعاملات التجارية الكثيرة، إذن نظام التحكيم يُعَدُّ وسيلةً لحلِّ النزاعات، فهو بلا شكّ ظاهرةٌ قانونيّةٌ تستحقُّ الدراسة، وقد تمّ بحثُ الموضوع في إطار مقارنة بين التشريعَيْنِ الكويتي والأردني، والاسترشاد بالقانون المصري، وبيّنت الدراسة القواعد القانونية واجبة التطبيق على النزاع، وفي جميع مراحل التحكيم، وحدّدت هذه القواعدُ القانونية ما إذا كان الحَكَمُ التحكيمي حَكَماً وطنياً أو أجنبياً، لكنَّ هذه الدراسة لم تتطرّق إلى القواعد الموضوعية في التحكيم، وهي أساسية، ويجبُ توافرُها في طرق النزاع، الأمر الذي ستعالجه دراستنا الحالية، وهي ما تتميّزُ به عن الدراسة السابقة.

سابعاً – منهج الدراسة:

اعتمدت هذه الدراسة من خلال الاطّلاع على المؤلفات القانونية ذات العلاقة، بالإضافة إلى الاجتهادات القضائية على المنهج المقارن، وذلك بهدف الوصول إلى موقف التشريع الأردني والتشريع العراقي في موضوع الدراسة.

الفصل الثاني

ماهيّة التحكيم وطبيعته القانونيّة

لاشــــكَّ في أنَّ التحكيم إحدى الطرق الناجعة في حلِّ النزاعات بين الأفراد والجماعات، وحتى بين الدول، وهو نظام أو طريق خاص للفصل في المنازعات، سواء أكانت مدنيّةً أم تجارية، عَقْديّةً كانت أم غير عَقْديّة، فالتحكيم يعني بالضـرورة الخروج على طرق التقاضــي العادية باللجوء إلى طريقة مختلفة من جهة ماهيّتها وطبيعتها القانونية، فالمتنازعون هنا يختارون عدمَ اللجوء إلى القضـــاء، باختيارهم مجموعةً من الأشـــخاص، وهذه المجموعة تُســمّى هيئة التحكيم، وبالتالي فإنَّ التحكيم يعتمد أساساً على أنَّ أطراف النزاع هم أنفسهم من يختارون قضاتهم بدلاً من الاعتماد على التنظيم القضائي للبلد التي يقيمون فيها.

ويترتّبُ على هذا كلّه أنَّ للتحكيم عدداً من الخصائص تميّزُه عن باقي التصرّفات القانونية، وكذلك يوجد هناك عدة أنواع من التحكيم تناولتها التشريعات المختلفة، وضمّنتها نصوص القانون، وكذلك للتحكيم مزايا بسببها يلجأ إليه المتنازعون، فإنَّ له سلبيات، لذلك كان للتحكيم طبيعة قانونية خاصة تختلف عن تلك الموجودة وقتَ الفصل في المنازعات بالطرق التقليدية من خلال القضاء.

وبناءً على ما تقدم فإنّنا سنتناول ماهيّة التحكيم وطبيعته القانونية في هذا الفصل من خلال مبحثين: نتناول في الأول ماهية التحكيم، أمّا في المبحث الثاني فسنفرده في بحث الطبيعة القانونية للتحكيم.

المبحث الأول

ماهية التحكيم

إنَّ الأصــل في فضِّ المنازعات هو اللجوء إلى القضــاء، لكن نتيجةً لتطوّر الحياة وتعقّدها وتسارُعِ الأحداث فيها، كان لِزاماً وجود طريقة قانونية تتماشى مع المستجدات الناتجة عن الالتزامات التعاقدية بين الأطراف، وهذه الطريقة يجبُ أن تكون قادرةً على حسم النزاعات بشكلٍ سريع وعادل، فكان التحكيمُ الحلَّ الأنسـبَ، وتمَّ تضــمينُه في نصــوص القوانين الوطنية، وإفراد قانون خاص به، سُــمِّيَ بقانون التحكيم، ولقد دعمت الاتفاقيات الدولية وجود التحكيم، وجعلته أكثر حصـــانةً من أي وقت مضى، خصوصاً فيما يخصُّ المنازعات الناتجة عن التجارة الدولية.

وللوقوف على ماهية التحكيم سـنقوم بتقسـيم هذا المبحث إلى مطلبين: نتناول في الأول تعريف التحكيم، وبيان خصـــائصــــه، أمّا في المطلب الثاني فســـنقوم ببحث أنواع التحكيم ومزاياه وعيوبه، وعلى الشكل التالي:

المطلب الأول

تعريف التحكيم وبيان خصائصه

لقد ضــمّنت بعضُ القوانين الوطنية تعريفاتٍ خاصــة بالتحكيم، في حين تركت التشــريعات الأخرى مســالة تعريف التحكيم إلى القضـــاء من خلال بيان عناصــره، ولم يغفل الفقه هو أيضـــاً تعريف التحكيم، وبالتالي كان هنالك عدة خصـــائص للتحكيم، وســنقســم هذا المطلب إلى فرعين: نتناول في الفرع الأول تعريف التحكيم، وسـنُخصـّص الفرع الثاني للتعرّف على خصــائص التحكيم كالآتي:

الفرع الأول: تعريف التحكيم

لبيان تعريف التحكيم بالشكل الدقيق يجب علينا لزاماً أن نتطرّق إلى تعريف التحكيم حسب ما ورد في التشريعات القانونية المختلفة، وخصوصاً تعريف التحكيم في القانونين الأردني والعراقي، وكذلك ما اجتهدت به المحاكم من تعريف للتحكيم، وأيضـاً تسـليط الضـوء على التعريف الفقهي للتحكيم، لذلك فإنّنا سنقوم بتعريف التحكيم على الشكل التالي:

أولاً: تعريف التحكيم في التشريع والقضاء

لم يقم المشـرّعُ الأردني في قانون التحكيم رقم (31) الصـادر عام 2001 بتعريف التحكيم، وإنّما ترك تعريفه إلى القضـاء الأردني، فعرّفته محكمة التمييز الأردنية بأنّه: طريق اسـتثنائي تلجأ إليه الخصـوم لفضّ المنازعات بموجب اتفاق قائم بينهم، بقصـد الخروج عن طرق التقاضـي العادية[1].

إلّا أنّه في الوقت ذاته لم يغفلِ المُشرّعُ الأردني بتوضيح وتفسير البناء القانوني للتحكيم من خلال تحديد المفاهيم الخاصة به كما يلي[2]:

أ- هيئة التحكيم:

وهي الهيئة التي تفصـل في النزاع الدائر بين الأطراف الذين اتّفقوا على اللجوء للتحكيم، وبغض النظر عمّا إذا كانت هيئة التحكيم مكوّنة من شخص واحد أو عدة أشخاص.

---

(1) حكم محكمة التمييز الأردنية رقم 94/1774، مجلة نقابة المحامين الأردنية السـنة 43، ع 8-7، 1995 ، ص1985.

(2) انظر المادة (2) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) الصادر في 2001 والنافذ بتاريخ 2001/8/16.

ب-المحكمة المختصة:

لقد حدّد المشـــرّع الأردني المحكمة المختصـــة بمحكمة الاســـتئناف التي يجري في دائرة اختصاصها المكاني التحكيم، ما لم يتّفق الأطراف على أن تختصَّ محكمة استئناف أخرى .

ج- طرفي التحكيم

وهما طرفا النزاع أو الخصومة اللذان يلجأن للتحكيم كوسيلةٍ لفضِّ النزاع الدائر بينهما، وقد استخدم المشرّعُ اللفظَ المستثنى للدلالة على التضاد في الخصومة، أي طرفا الخصومة[1].

أمّا بالنســبة للقانون العراقي فنجد أنَّ قانون المرافعات العراقي رقم (83) لســنة (1969) المعدّل لم يُشِرْ إلى تعريفاً للتحكيم هو أيضاً، ولكنّه أجاز الاتفاق على التحكيم في نزاعٍ معين، كما أجاز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين[2].

أمّا قانون الاســتثمار العراقي النافذ فلم يُشِــرْ أيضــاً إلى تعريف التحكيم، ولكنّه أشــار في المـادة (27) فقرة (1) منـه: على أنّـه (يجوز لأطراف النزاع الالتجـاء إلى التحكيم وَفْقـاً للقـانون العراقي...).

أمّا بالنسـبة للقانون المصــري فقد أشــار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 (المعدّل) في نصّ المادة (4) الفقرة (1) على أنّه (ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتّفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحُرة، ســـواء أكانت الجهة التي تتولّى إجراءات التحكيم بمقتضى اتّفاق الطرفين منظمة أم مركز دائم للتحكيم أم لم تكن ذلك).

---

(1) للمزيد انظر القطاونة مصـــعب (2012)، **شـــرح قانون التحكيم الأردني** ، شـــبكة قانوني الأردن ، عمان – العبدلي ، ص 23.

(2) انظر في ذلك نص المادة (251) من قانون المرافعات العراقي، وتجدر الإشارة إلى أنَّ المشرّع العراقي قد نظّم أحكام التحكيم في ستة وعشرون مادة (251-276)، وأشار فقط إلى التحكيم الداخلي دون التحكيم الدولي.

وهو اكتفى بإظهار عناصره، وترك تعريف التحكيم إلى القضاء المصري، فقد جرى تعريف التحكيم من قبل محكمة النقض المصرية بأنّه(طريق لفضّ الخصومات، قِوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية، وعدم التقيّد بإجراءات المرافعات أمام المحاكم بالأصول الأساسية في التقاضي، وعدم مخالفة ما نُصّ عليه في باب التحكيم)(1).

كما عرّفت المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 17 ديسمبر 1994 التحكيم بأنّه: عرض النزاع بين طرفين على مُحكّم من الأغيار يُعيَّنُ باختيارهما أو بتفويضٍ منهما على ضوء شروط يحدّدانها، ليفصلَ هذا الحَكَمُ في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة، مجرداً من التحامل، وقاطعاً لداء الخصومة في جوانبها التي أحالت الطرفان إليه، بعد أن يُدليَ كلٌّ منهما بوجهة نظره من خلال ضمانات التقاضي(2).

ثانياً: التعريف الفقهي للتحكيم

تعدّدت التعريفات التي تناولت التحكيم، كلاً حسبَ الزاوية التي يُنظَرُ من خلالها إلى موضوع التحكيم، فقد عرّفه الفقيه الفرنسي (MOTULSKY) بأنّه التحكيم في منازعة بواسطة أشخاص يتمُّ اختيارهم كأصلٍ عام بواسطة أشخاصٍ آخرين بموجب اتفاق(3).

---

(1) انظر في ذلك حكم محكمة النقض المصرية طعن رقم (1403) لسنة 55 جلسة 20/11/ 1998. أشار إليه د. مراد محمود المواجدة، **التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي** ، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 2010، ص24.

(2) انظر ذلك من خلال السيد الحداد، حفيظة (2007)، **الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي،** منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ص42.

(3) منديل، أسعد (2002)، **النظام القانوني للتحكيم في قانون المرافعات المدنية**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ص24.

أمّا الأستاذ الفقيه (DAVI .R)، فعرّفه بأنّه آلية تستهدف الفصلَ في مسألةٍ تتعلّقُ بين طرفين أو عدة أطراف بواسطة شخصٍ أو عدة أشخاص، ويستمدّون سلطتهم من اتّفاقٍ خاصّ، ويفصلون في المنازعة بناءً على هذا الاتفاق دون أن يكونوا مُخوّلين من قِبَل الدولة[1].

وهناك من عرّفه بأنّه (الطريقة التي يختارها الأطراف لفضِّ المنازعات التي تنشأ عن العقد، والتي يتمُّ البتُّ فيها أمام شخص أو أكثر، يُطلَقُ عليه اسم المُحكّم أو المُحكّمين دون اللجوء إلى القضاء)[2]، وعُرِّفَ أيضاً بأنّه (نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفرادٍ طبيعيين يختارهم الخصوم مباشرة، أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها، أو تمكين أطراف النزاع بإقصاء منازعاتهم عن الخضوع لقضاء المحاكم المُخوّل لها طبقاً للقانون، كي تُحَلَّ عن طريق أشخاصٍ طبيعيين يختارونهم). وعُرِّفَ أيضاً بأنّه(اتّفاق الأطراف على طرح خلافاتهم على أشخاصٍ طبيعيين يختارونهم)[3].

كما عرّفَ بعضُ الفقه التحكيم بأنّه: نظام خاص للتقاضي ينشأ عن الاتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص من الغير، بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكمٍ يتمتّع بحجيّة الأمر المقضيّ به[4].

---

(1) منديل (2002)، **النظام القانوني للتحكيم في قانون المرافعات المدنية**، مرجع سابق، ص25.

(2) محمد سامي ، فوزي (1997)، **التحكيم التجاري الدولي**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص17.

(3) رضوان، أبو زيد (1981)، **الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص19.

(4) السيد الحداد، حفيظه (2007)، **الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي**، المرجع السابق ص42.

ممّا تقدم يستطيع الباحث إيجادَ أهمّ السمات والعناصر المشتركة للتعريفات السابقة كالآتي:

1- يعتمد التحكيم أولاً وأخيراً على اتفاق الأطراف كوسيلة توصلهم لحسم المنازعات، حيث يتبيّن من التعريفات المتقدمة أهمية التحكيم لحسم المنازعات، فهو يُعَدُّ إجراء استثنائيّاً يؤدي إلى إخراج المنازعات من اختصاص محاكم الدولة بناءً على اتفاق الأطراف، حيث لا يُعرَضُ النزاع على المُحكّمين إلّا باتّفاق ذوي الشأن اتّفاقاً واضحاً على الفصل فيه بطريق التحكيم. فتوافق إرادة الطرفين هو أساس التحكيم ومصدر سلطة المُحكّمين[1].

2- ركّزت التعاريف السابقة على الهدف من التحكيم كأساس للتعريف دون بيان فيما إذا كان اتفاق التحكيم قد يأتي بصورة شرطٍ ضمن بنود العقد أو مشارطة باتفاق مستقل بين الطرفين.

3- أغفلت التعاريف السابقة دور مؤسسات التحكيم في تسوية المنازعات الاستثمارية الكبرى، خصوصاً أنَّ أغلبَ المنازعات الاستثمارية في الوقت الحاضر تُحسَمُ عن طريق تلك المؤسسات[2].

4- سعي المتنازعين إلى التحلّل والتخلّص من اللجوء إلى الطرق التقليدية المتمثّلة بالقضاء التقليديّ المعروف ببطء إجراءاته .

5- يتمتع التحكيم بحجيّة الأمر المقضي به، وهو مُلزِم لأطراف العلاقة، حتى وإن كان اختيارهم باللجوء إلى التحكيم اختيارياً، ودون وجود لإرادة أخرى فيه، فعلى الأطراف الالتزام بحكم هيئة

---

(1) بريري، محمود (2004)، **التحكيم التجاري الدولي**، النهضة العربية ، الطبعة الثالثة، القاهرة، ص80.

(2) تتعدد هذه المؤسسات فنجد هناك محكمة التحكيم الدائمة التابعة للغرفة التجارية في باريس (ICC)، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن (ICSID)، والمركز الدولي لحسم المنازعات التابع لجمعية التحكيم الأمريكي (AAA)، ومركز القاهرة الأقلّيمي للتحكيم التجاري الدولي (CRCICA) وغيرها من المؤسسات الدولية الأخرى، للمزيد جبران، محمد (2009)، التحكيم الالكتروني كوسيلة لحل المنازعات، جامعة الشرق الأوسط، رسالة ماجستير – القانون الخاص – جامعة الشرق الأوسط، عمان، ص20.

التحكيم التي تمَّ اختيارُها للفصل بالنزاع[1].

6- ابتعاد أطراف المنازعة في حسم خصومتهم عن اللجوء إلى القضاء العادي، وإيلاء أشخاص طبيعيين دور القضاء بدلاً عنه[2].

وبعد تسليط الضوء على تعريف التحكيم يحاول الباحث أن يعرّف التحكيم بأنّه: نظام قانوني يلجأ له أطراف النزاع لحسم خلافاتهم عن طريقٍ غيرِ القضاء العادي، ومن خلال أشخاصٍ طبيعيّين هم من يقومون باختيارهم.

وبعد أن عالجنا في هذا الفرع من المطلب الأول تعريف التحكيم فقهاً وقضاءً، لا بُدَّ لنا من الوقوف على الخصائص التي يتمتّع بها هذا النظام القانوني لحسم الخلافات، وهذا ما سنتناوله في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني: خصائص التحكيم

ينفرد التحكيم بعددٍ من الخصائص أدّت إلى زيادة التعامل به، وانتشاره كنظامٍ قانونيّ لفضِّ المنازعات وحسمِها بين الأطراف المختلفة .

ويحاول الباحثُ في هذا الفرع تسليط الضوء على الخصائص العامة للتحكيم على النحو التالي:

أولاً: يجد أساسه القانوني في إرادة الخصوم واتّفاقهم

لا بُدّ من التأكيد بهذا الصدد أنَّ مصدرَ التحكيم يأتي ابتداء من خلال اتفاق إرادتين لشخصين، سواءٌ أكانوا طبيعيين أم معنويين للجوء إلى التحكيم لفضّ المنازعة الواقعة، أو التي

---

(1) نص القانون المصري في المادة (55) من القانون رقم 27 لسنة 1994م في شأن التحكيم في المواد المدنية التجارية على " تحوز أحكام المُحكّمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجيّة الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون".

(2) نجم رياض نجم (2003)، **ضمانات أطراف التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة** ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ، ص64.

ســـتقع بينهم، وبالتالي فإنَّ التحكيم نظام يحترم دور الإرادة الخاصـــة في اللجوء إليه، فالمتنازعون أحرارٌ في اختيار المُحكّم، وفي تحديد أتعابهم وتحديد بعض ســلطات هيئة التحكيم، ولم يمنع نظام التحكيم الإرادة الخاصة في تخويل المُحكّم مهمة الصلح.

ولا بُدّ من الإشـــارة إلى أنَّ التحكيم لا يفرض أيَّ قيود على إرادة الأطراف إلّا فيما يتعلّق بمسائلَ على نطاقٍ ضيّق جدّاً مثل عدم مخالفته للنظام العام والآداب، وعدم مساسه بحقوق الدفاع التي تُعَدُّ من الحقوق المقدسة في القانون، وعدم جواز التحكيم فيما لا يجوز الصلح فيه، وأن يكون شرط التحكيم مكتوبا(1)، وعدد المُحكّمين وتراً(2).

ولا شكَّ في أنَّ التحكيم يقترب في وصفه إلى القضاء حتى سمّي التحكيم بالقضاء الخاص، فهو يلتزم بتحقيق حلٍّ عادل بين أطراف الخصومة، ولا يستطيع المتخاصمان إعادته مرّةً أخرى أمام جهةٍ تحكيميّة جديدة، فالتحكيم يحوّزُ حجّيّة الشـــيء المقضـــي به(3)، إلّا أنَّ التحكيم يختلف عن القضاء في أنَّ الأخير يستهدف إحقاق العدل والنظام بمفهومه العام، الذي يندرج تحت مظلّة سيادة الدولة فهو سلطة عامة، وإنَّ القائمين عليه هم من موظّفي الدولة، ويتقاضَوْن أجورهم منها، وهو ما

---

(1) انظر قانون التحكيم الأردني رقم (1) لسنة (2001) المادة (10) أ- يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلّا كان باطلاً. كذلك انظر المادة (252) المعدلة من قانون التحكيم العراقي (قانون المرافعات المدنية) رقم (83) لســنة (1967) حيث جاء فيها :(لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلّا بالكتابة ويجوز الاتفاق عليه أثناء المرافعة فإذا ثبت للمحكمة وجود اتفاق على التحكيم أو أقرّت اتفاق الطرفين عليه أثناء المرافعة فتقرّر اعتبار الدعوى مستأخرة إلى أن يصدر قرار التحكيم).

(2) انظر قانون التحكيم الأردني رقم (1) لسنة (2001) المادة (14) أ -تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من مُحكّم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفقا على عدد المُحكّمين كان العدد ثلاث ب- إذا تعدد المُحكّمون وجب أن يكون عددهم وتراً، وإلّا كان التحكيم باطلا.وهذا ما جاء في نص المادة (257) من قانون التحكيم العراقي (قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة (1969).

(3) تمييز حقوق رقم 2007/786 (هيئة خماسية) تاريخ 2007/5/22، منشورات مركز عدالة.

ليس موجوداً في التحكيم الذي يستمدُّ كلَّ قوته من إرادة الأشخاص، ويعمل لمصلحتهم الخاصة، وتحقيق إراداتهم التي أنشأت التحكيم.

وأخيراً وليس آخراً فإنَّ الطبيعة الاتفاقية والرضائية لموضوع التحكيم من حيث توافقهم على المُحكّم وقبولهم المسبق في الغالب على ما يقضي به، يجعل الخصومَ أكثر قبولاً لحكم التحكيم، ويُذهِبُ الخصومةَ والتوتّرَ والمشاحنة التي قد تبقى مستمرةً حتى في إطلاق الحكم بالنسبة للقضاء العادي، لهذا يُفضَّلُ التحكيمُ في أحيانٍ كثيرة على القضاء العادي(1).

ثانياً: التحكيم وسيلة حيادية لحسم النزاع بين الأطراف

كما سبق أن بيّنّا في الفقرة السابقة أنّ التحكيم يعتمد في ولادته على إرادة واتفاق المتخاصمين، إلّا أنَّ هذا الاتفاق وتلك الإرادة تنتهي بمجرد إحالة موضوع النزاع الدائر إلى المُحكّم، فيصبح المُحكّم وبمجرد قبوله لمهمة التحكيم قاضياً يتمتّع بحصانة خاصة، بعيدة ومجرّدة عن إرادة الأطراف، حيث يكون مستقلاً بشكل كامل عن إرادة واتفاق الأطراف، هذه الخاصية تُعتبَرُ من الخصائص الجوهرية المميّزة لنظام التحكيم؛ لأنّه يهدف إلى الفصل في المنازعة بين الأطراف بحكمٍ باتّ.

ومن خصائص التحكيم الجوهرية الأخرى أن يكون التحكيم حيادياً، وذلك من خلال حياديّة المُحكّم نفسه، فيجبُ ألّا تكون هنالك أيّة صلة بين المُحكّم والنزاع الدائر بين الأطراف، وإنْ كانت هناك أيّة علاقة من أي نوع، يجب أن يعلنَ المُحكّم عنها بإبلاغه أطراف الاتفاق على التحكيم عند

(1) الخليل، احمد (2003)، **قواعد التحكيم** ، منشورات الحلبي، الطبعة الأولى، بيروت – لبنان، ص9.

بداية اختياره كمُحكّم لهم[1]، ومن الجدير بالذكر في هذا الصـــدد هو ضـــرورة التزام المُحكّم بطلبات الخصوم محلاًّ وسبباً، فلا يجوز أن يقضيَ المُحكّم بأقلّ أو أكثر ممّا طلبه متهم الخصوم[2].

ثالثاً: السرّيّة والبساطة في الإجراءات

تتّسم جلسات التحكيم بالسرّيّة باستثناء جلسة النطق بالحكم، وهذه السرّيّة تجعل من اللجوء إلى التحكيم أمراً مُســتحبّاً لدى الكثير من المتخاصــمين الذين يجدون في عرض منازعاتهم الحرج، وبهذا فإنَّ التحكيم أو ما يسمّى بالقضاء الخاص يوفّر هذه الميزة، التي قد لا يوفّرها القضاء العادي إلّا بشروط معينة وخاصة[3].

إنَّ التحكيم وســـيلة ناجحة لحلّ المنازعات التجارية لما تمتاز به هذه المنازعات من خصوصية مستمدّة من خصوصية وسرّيّة عمل رجال الأعمال والتجار بشكل خاص، من جهة حرصهم الدائم على عدم إفشاء أسرارهم إلى الغير، وخصوصاً بين التجار أنفسهم، وبالتالي فإنَّ التحكيم قادر أن يوفّرَ لهم هذه الخاصــية المهمة، ولا يجوز حضـــور أيّ أحدٍ من العامة جلســـات التحكيم إلّا بموافقة خطّيّة من الخصوم أنفسهم[4] .

إنَّ بســـاطة التحكيم من الخصــــائص المهمة التي تجعل الأطراف يتّجهون إليه لفضِّ الخصومات بينهم، فهو يتمتع بمرونة معينة في حضور الجلسات من عدمها، وكذلك لا تكون فيه

---

(1) العوا، محمد سليم (1999)، **اختيار المُحكّمين واختيار أماكن التحكيم**، دار النهضــة العربية، للطبعة الأولى، القاهرة، ص140.

(2) مبروك، عاشور (1988)، **النظام الإجرائي لخصومة التحكيم**، الطبعة الثانية، دار النهضــة العربية، القاهرة، ص10.

(3) الخليل، احمد، مرجع سابق ص 11.

(4) الصـــانوري، مهند احمد (2005)، **دور المُحكّم في خصـــومة التحكيم الدولي الخاص**، دار الثقافة للنشـــر والتوزيع، الطبعة الأولى، ص43.

مواعيد الحضـــور على نفس التقييد مقارنةً بالقضـــاء العادي، ويتجاوز التحكيم الكثيرَ من الأمور الشكليّة من حيث البيانات والمواعيد والأماكن، ولا يتقيّد بشكلٍ معين في تبليغ الخصوم.

وما يؤكّد بســاطة الإجراءات في التحكيم هو أنَّ المُحكّمين يتميزون عن القضـــاة العاديين بالتخصّص، من جهة موضوع الخصومة المنظورة أمامهم، ممّا يوفّر الجهدَ والوقت عنه في القضاء العادي، الذي يلجأ في الغالب إلى المختصـــين، وما يســـتغرقه ذلك من وقتٍ وجهد، أمّا المُحكّمين الذين يتمُّ اللجوءُ إليهم فأغلبهم من ذوي الاختصـاص والخبرة والكفاءة في موضـوع النزاع المعروض أمامهم[1].

رابعاً: إلزاميّة حكم التحكيم ونهائيته

إنَّ من الخصـــائص المهمة للتحكيم أنَّ حكمَه يكون إلزامياً[2] ونهائياً، وتجوز حجّيّة الأمر المقضـي به، وتكون واجبة النفاذ[3]، فهي لا تخضـع لطرق الطعن المُطبّقة في المحاكم، ولا تخضـع القرارات التحكيميّة لطرق الطعن التي تعرفها الأحكام الصـــادرة عن المحاكم[4]، ويمكن للأحكام التحكيمية أن تكون محلَّ احتجاجٍ من قبل الأطراف، لكن تبقى أســـبابها محدودةً فقط في الطعن

---

(1) خليل، أحمد، مرجع سابق،ص10.

(2) ســامي، فوزي محمد (2008)، **التحكيم التجاري الدولي (دراســة مقارنة)**، دار الثقافة للنشـر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، ص340

(3) انظر قانون التحكيم الأردني رقم (1) لســنة (2001) حيث جاء في نص المادة (52) تحوز أحكام المُحكّمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضية وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها فيه.

(4) حفيظة السيد حداد, المرجع السابق, ص82

بالبطلان، في أمورٍ حدّدها المشــرّع في أضــيق نطاق[1]، حيث حدّدت أغلب التشــريعات حالات البطلان في القانون[2].

وتعترف أغلب الدول بالأحكام الصـــادرة عن حكم التحكيم، وقد انضـــمّت العديد من الاتفاقيات الدولية إلى موضـوع الاعتراف بالحكم الصـادر عن التحكيم، الدول بالأحكام التحكيمية؛ وذلك لأنَّ التحكيم هو خيار الأطراف، فهم الذين يختارون قضـــاتهم أو القانون، وهناك أكثر من 142 دولة انضـــمّت لاتفاقية الأمم المتحدة ســـنة 1958م، الخاصـــة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المُحكّمين الأجنبية، والمعروفة باسم (اتفاقية نيويورك)[3].

خامساً: المرونة وسرعة حسم النزاع

إنَّ المرونة التي يتميّز من خلالها نظام التحكيم عنه في القضـــاء العادي تتأتّى من خلال أنَّ المتنازعين لهم دورٌ مهمّ في تشـــكيل هيئة التحكيم، وتحديد المواعيد بما يتناســـب معهم، فهو يسـمح للمتنازعين بتشـكيله على النحو المناسـب لهم، ويُمكّن الأطراف من اختيار المُحكّمين الذين يتولّوْنَ عملية التحكيم بأنفســـهم، كما أنَّ المُحكّم لديه قدر كبير من المرونة ومســـاحة معقولة من الحرية في الوصول إلى الحكم العادل، دون التقيّد بنظامٍ رسميّ شكليّ، أو نظام قانونيّ يُكبّله، لذلك حدّد المُشرّع مُدداً معينة لإصدار حكم التحكيم[4].

---

(1) انظر في ذلك نص المادة (48) من قانون التحكيم الأردني رقم (1) لسنة (.2001)

(2) المادة (49) من قانون التحكيم الأردني، المرجع الســـابق. كذلك انظر المادة (273) من قانون المرافعات المدنية العراق رقم (83) لسنة (1969).

(3) انظر: (اتفاقية نيويورك) لسـنة 1958، التي تم تسـهيل عبرها تنفيذ الأحكام التحكيمية في الدول الموقعة ومن الدول العربية التي انضـمت إلى الاتفاقية (مصـر، الأردن، الإمارات، البحرين، تونس، الجزائر، سـوريا، قطر، الكويت، لبنان، السعودية، المغرب، موريتانيا) .

(4) المادة (37) الفقرة (أ) من قانون التحكيم الأردني رقم (1) لسنة (2003).

وكذلك من خصــائص التحكيم الســرعة التي يحتاجها العمل والتطور في العصــر الحديث، فالمعاملات التجارية تقوم على مبدأين أســاســيين: هما الثقة والســرعة التي أصــبحت ســمة هذا العصر، فالقضـاء العادي قد يُطيل أمدَ النزاع، ليس باعتبار أنَّ هذه صفةً ملازمةً له، ولكن لطبيعة الإجراءات القضـائية، وقلّة عدد القضـاة أمامَ التزايد المسـتمرّ في عدد القضـايا، أدّى هذا إلى تراكم القضـايا أمام المحاكم لعددٍ من السنين، كما أنَّ إحضـارَ الخصـم للقضـاء الرسـمي قد يسـتغرق وقتاً، في حين أنَّ التحكيم يأتي إليه الخصومُ طواعيةً في بعض الأحيان.

سادساً: استبعاد القضاء العادي عند اللجوء إلى التحكيم

إنَّ من أهمّ خصـائص حكم التحكيم وأخطرها هو اسـتبعاد القضـاء العادي عند الاتفاق على التحكيم، أو بمعنى آخر هو سـلب ولاية وصــلاحية القضــاء العادي في البَتِّ بمنازعات التحكيم(1)، وهذا يعني أنّ المتّفقين أو أطراف التحكيم قد حرموا أنفســــهم من حقّهم الطبيعي في اللجوء إلى القضاء العادي لفضّ المنازعات، عندما ارتضَوْا طريق التحكيم حلّاً لخلافاتهم، وعند رفع أحد طرفي التحكيم النزاع إلى القضــاء العادي كان لخصـمه التمسّـك بالتحكيم كدفع؛ لأنَّ أسـاس التحكيم كان اختيارياً، والخضـوع إليه بمحض إرادة الخاضـعين له، وبعيداً عن ولاية القضـاء، ويجب التمسُّك به قبل سائر الدفوع الأخرى2.

وبيّن المشرّع الأردني بشكلٍ واضح في المادة (12)، أنه يتوجّب على المحكمة ردّ الدعوى المُقامة أمامها إذا تبيّن لها أنَّ هذه الدعوى هي موضوع اتفاق التحكيم؛ لأنَّ الفصل في النزاع يجبُ أن يتمَّ من خلال قضــــاء التحكيم، وكذلك ما ورد في الفقرة (1) من نصّ المادة (253) من قانون

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق(1980)،**نظرية العقد** ، منشورات محمد الدايه، لبنان ،ص317.

(2) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 35/1981 بتاريخ 31- 1- 1981 ، حيث جاء في نص القرار إلى أنّه (الاتفاق على التحكيم معناه تنازل الخصم عن الالتجاء إلى القضاء لحماية حقه ما دام شرط التحكم قائما) .

المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة (1969) بقولها: (إذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاعٍ ما فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء إلّا بعد استنفاد طريق التحكيم).

ويرى الباحث أنَّ سببَ تخلّي القضاء الوطني عن النظر بالخصومات التي لجأ أطرافها إلى التحكيم، ســببه يعود إلى رغبة القضـــاء في احترام إرادة المتعاقدين، ونزولاً عند رغبتهم، وكذلك لاسـتقرار المعاملات القضـائية والقانونية في أيّ بلدٍ من البلدان، لذلك جعل المحكمة الوطنية غير مختصّةً في النظر بالنزاع المتّفق بشأنه على التحكيم[1].

المطلب الثاني

أنواع التحكيم

سـبق أن بيّنّا أنَّ من خصـائص التحكيم أنّه يقوم على مبدأ سـلطان الإرادة؛ أي أنَّ أطرافه لهم حرية الاختيار في اللجوء إليه من عدمه، إلّا أنّه مع تطور الحياة العملية والقانونية ظهرت عدة أنواع من التحكيم، ملبّية الحاجة لوجود نظام قانوني متكامل، يغطّي مختلفَ منازعات الأفراد، وليكون مرجعاً قانونيّاً لهم، يختارون ما يتناسب مع خصوصيّة منازعاتهم ونوعيّتها .

فمن ناحية قد يكون التحكيم وطنيّا، وقد يكون دوليّاً، وقد يكون التحكيم حُرّاً، وقد يكون مؤسـسـيّاً، وقد يكون اختياريّا وإجبارياً، وقد يكون أجنبياً، وسـوف نكتفي في بحثنا هذا ببيان أربعة

---

(1) وهذا ما أكّدته اتفاقية نيويورك لعام (1958)، في الفصـل الثاني الفقرة الثانية حيث نصّـت على: أنّ المحكمة التابعة للدولة المتعاقدة والمرفوع إليها النزاع في مسـألة أبرم الفريقان في شـأنها اتفاقية بمدلول هذا الفصـل تُحيلهما على التحكيم، بناء على طلب أحدهما ما عدا إذا لاحظت المحكمة أنَّ الاتفاقية المذكورة هي لاغية عديمة المفعول، أو من غير الممكن تطبيقها.

أنواع من التحكيم، وهي التحكيم الوطنيّ، والتحكيم الـدوليّ (الفرع الأول)، وفي (الفرع الثـاني) سنتحدّث عن التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي:

الفرع الأول: التحكيم الوطني والتحكيم الدولي

سوف نتناول في هذا الفرع التحكيم الوطني، أو ما يُسمّى بالتحكيم المحليّ، ثم سنستعرضُ التحكيم الدولي، وذلك على الشكل الآتي:

أولاً: التحكيم الوطني

لا شكّ في أنَّ التحكيم الوطنيّ أو المحليّ هو التحكيم الذي تكون جميعُ أطراف العلاقة فيه أو جميعُ عناصـــره وطنية، من جهة أنَّ المتنازعين فيه يحملون نفس الجنســـية والمُحكّمين كذلك، ويصـــــدر الحكم فيه وَفْقاً للتشـــريع والإجراءات الوطنية، وهو التحكيم الذي يكون مرتبطاً بجميع مكوناته وأطرافه بدولةٍ محددة واحدة[1]، ويكون هذا النوع من التحكيم أقلَّ عرضةً إلى موضوع تنازع القوانين؛ لأنَّ جميعَ عناصـــره وطنية، فلا يُثار فيه موضـــوع تنازع القوانين، والتحكيم الوطني هو تحكيم داخلي بامتياز، ولا وجود للعنصـــر الأجنبي فيه، وقد أشـــارت المادة (3) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لســـنة (2001) لهذا النوع من التحكيم، حيث جاء فيها: (تســـري أحكام هذا القانون على كلّ تحكيم اتّفاقي يجري في المملكة، ويتعلّق بنزاعٍ مدني أو تجاري بين أطراف من أشـــخاص القانون العام أو القانون الخاص، أيّاً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عَقْدية كانت أم غير عَقْدية).

أمّا قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لســـنة(1969) فجاء كلُّه منظِّماً للتحكيم الداخلي، فجاءت نصوصه مُعالِجةً على وجه الخصوص التحكيم الداخليّ أو المحليّ، دون أن يبيّنَ

---

(1) أبو زيد، رضوان (1981) **الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي**، دار الفكر العربي، القاهرة،،ص 53.

ذلك على وجه التحديد، فجاءت نصوصه عامة، على عكس بعض الدول التي أفردت مادةً بعينها للتحكيم المَحليّ[1].

وهو ما يؤيّده الباحث من جهة وضع نصوص قانونية، وبشكل واضح ودقيق لبيان الحالات التي تدخلُ ضمن نطاق التحكيم الداخلي أو التحكيم الدولي، ليكونَ من السهولة واليسر الاستدلال عليه وتطبيقه من قبل جميع الأطراف، سواءٌ أكانوا من المتخاصمين أم من المُحكّمين أنفسهم.

ثانياً: التحكيم الدولي

يكون شأنه هنا شأن أيّ علاقة قانونية ترتبطُ بعواملَ تجعلها ذاتَ طابعٍ دولي، علماً أنَّ موضوع النزاع، وجنسيّة الأطراف، ومحلّ إقامتهم، والقانون الواجب التطبيق على النزاع الحاصل بين المتخاصمين، من شأنها أن تكون معياراً كون التحكيم دوليّاً أو محلياً[2].

فالتحكيم الدولي هو الذي يتكوّن من خلال نشوء علاقة خارج الدولة التي يتنمي إليها أطراف العلاقة التحكيمية، فالمتنازعون يتوجّهون إلى التحكيم الدولي نتيجة وجود مصالح وعلاقات تجارية دولية، والتحكيم الدولي فرضته حالة التنامي والتطوّر في العلاقات التجارية بين الشركاء التجاريّين في عدة دول مختلفة، والتحكيم الدولي أكثرُ تعقيداً من التحكيم الداخلي الذي يُطبّق فيه قانون البلد، وتكون فيه أطراف العلاقة والمُحكّمون من نفس البلد أيضاً، أمّا في التحكيم الدولي فيمكن أن تتعدّدَ أطراف الخصومة، والقانون المطبّق أيضاً، ومكانُ التحكيم يختلفُ أيضاً، ممّا يُثيرُ في الغالب مشكلةَ القانون الواجب التطبيق على النزاع[3].

---

(1) انظر في ذلك قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة (200) في المادة الثالثة منه بقوله : "لغايات تطبيق هذا القانون يكون التحكيم أولاً : محلياً إذا لم يتعلق بالتجارة الدولية وكان يجري في فلسطين "...

(2) أبو زيد، رضوان، المرجع السابق، ص57.

(3) الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة (1998)، **التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص7.

لم يتطرّق قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 (المعدّل) إلى كون النزاع ذا صفةٍ دوليّة، فلم يُحدِّد في نصوصه متى يكون النزاع دوليّاً، فقد خصّص القانون (26) مادةً للتحكيم من المادة (251– 276) ، ولم يتطرّق بشكلٍ صريح إلى التحكيم الدولي، على عكس قوانين بعض الدول التي أشارت صراحةً إلى التحكيم الدولي في نصوص قوانينها(1).

أمّا قانون التحكيم الأردني فتجدر الإشارة إلى أنّه جاء عامّاً هو الآخر، فلم يضع معياراً للتحكيم الدولي، بل جاء بقانون موحّد للتحكيم، فلم يميّز إنْ كان التحكيم وطنيّاً أو دولياً، وبالتالي فإنّه لم يضع معياراً للتمييز بين نوعي التحكيم(2).

ويؤكد الباحث بضرورة وضع معياراً يحدّد نوعي التحكيم سواءٌ أكان وطنياً (محلياً، داخلياً) أم دولياً، وأن يحذوَ حذوَ التشريعات الوطنية التي أفردت في قوانينها نصوصاً تُحدّد التحكيم الداخلي والدولي، لما يضيفه هذا التفصيل من سهولة ويسر في تطبيق القانون، ولتجاوزِ مشكلة القانون الواجب التطبيق للنزاع المعروض أمام المُحكّم.

---

(1) انظر المادة الثالثة من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 ، وكذلك قانون التحكيم العماني في المنازعات المدنية والتجارية رقم (47) لسنة(1997) المادة الثالثة من القانون، كذلك انظر المادة الثالثة الفقرة الثانية من قانون التحكيم الفلسطيني سبق ذكره.

(2) للمزيد انظر قانون التحكيم الأردني رقم 2001/31 بتاريخ 2001/7/16 ونشر في العدد رقم 4496 من الجريدة الرسمية ص 2821.

الفرع الثاني: التحكيم الحُرّ والتحكيم المؤسسي

أولاً: التحكيم الحر: عندما يشـــير اتفاقُ التحكيم إلى الحرية الكاملة للأطراف في اختيار القواعد الموضــوعية والإجراءات التي ســوف تُتَّبَعُ لحلِّ النزاع، والمُحكّم الذي ســوف يتمُّ اختياره من قِبَلِهم، وكذلك اختيار المكان الذي سيجري فيه التحكيم، نكون بصددِ اتّفاق تحكيمٍ خاصّ أو حُرّ، حيث يتمُّ تشكيلُ هيئةِ التحكيم بين الطرفين، وكلُّ هذا يتمُّ بالاتفاق شرطَ عدم مخالفته النظام العام، ونستطيع أن نلقيَ الضوءَ على مميّزات التحكيم الحُرّ أو الخاصّ، وعلى النحو الآتي:

- حرّيّة الأطراف في اختيار المُحكّمين، حيث يكون المُحكّمين في الغالب من المعروفين لدى الأطراف، من حيث خبرتهم ودرايتهم بموضوع النزاع.
- قصر أمد التحكيم الخاصّ أو الحُرّ، حيث يصدر حكم التحكيم بعيداً عن القواعد والإجراءات التي قد تتّبعها المؤســـســـات، من حيث الإجراءات والتعقيدات التي قد تتّبعُها مؤســـســـات التحكيم(1).
- المرونة والســـرعة في التحكيم الخاص، حيث تتمتّع الأطراف التي لجأت للتحكيم من خلال التحكيم الخاص بمرونةٍ عالية، فيحدّد أطراف النزاع المواعيدَ، ويُعيّنون المُحكّمين، ويقومون بعزلهم، ويُفضّـــل الأفرادُ اللجوءَ إلى التحكيم الخاص لبســـاطة إجراءاته، وانخفاض تكاليفه مقارنة بالتحكيم المؤسسيّ.

---

(1) ومن أهمّ القواعد التي يتم اللجوء إليها في التحكيم الحرّ في المجال الدولي هي قواعد المســـماة (uncitral)، وهي القواعد التي وضـــعتها لجنة قانون التجارة الدولية عام 1973 وأقرّتها اللجنة وتم العمل بها عام 1976م. للمزيد انظر: منديل، اسعد، المرجع السابق، 86.

- إنَّ من أهمّ ميّزات التحكيم بصـــورة عامة كما ســبق أن بيّنّا هي الســرّيّة والســرعة في تنفيذ التحكيم، وإنَّ التحكيمَ الخاصَّ يمتاز عن التحكيم المؤســســيّ بســرعة إنجازه وســرّيّته، وهما عنصران مهمّان بالنسبة لأغلب من يختار التحكيم طريقاً لفضّ النزاعات.

ثانياً: التحكيم المؤسسي(1): وهو التحكيم الذي يتمُّ اللجوء فيه إلى المراكز والمؤسسات التحكيمية، حيث يتمُّ الاتفاق بين الأطراف المتنازعة إلى اللجوء إلى المؤســســات التحكيمية التي ســرعان ما انتشرت في العالم نتيجة لتطور التجارة الدولية ونموها بين البلدان، ويختلف التحكيم المؤسسي عن التحكيم الخاص في أنّ الأول تكون إجراءاته موضــوعة، ومحدّدة ســابقاً، وليس للمتنازعين التدخّل في المواعيد أو ترشـــيح أحد أســـماء المُحكّمين الذين يعملون في مراكز التحكيم، وبالتالي فإنَّ الأطراف المتنازعة تلتزم بإجراءات وشكليّات المَرْكَز الذي توليه عملية التحكيم(2)، وأهمّ ما يتميّز به التحكيم المؤسسي :

- الإمكانات العالية، حيث تحتوي هذه المراكز على قدرات عالية على الصـــعيدين المادي والعلمي، بالإضافة إلى وجود مجموعة من المتمرّسين والمحترفين في موضوع التحكيم .
- تكون مراكز التحكيم متخصّصة في مواضيعَ معينةٍ، ممّا يكسبها الخبرة والدراية في الموضوع المطروح للتحكيم أمامَهم(3).

---

(1) وقد جاء في نص الماد (5) من قانون التحكيم الأردني، لســنة (3001) ما يلي: في الأحوال التي يجيز فيها هذا القانون لطرفي التحكيم اختيار الإجراء الواجب الاتباع في مسالة معينة فإنّ ذلك يتضمن حقّهما في الإذن للغير في اختيار هذا الإجراء، ويعتبر من الغير كل مؤسسة أو مركز للتحكيم في المملكة أو في خارجها.

(2) بني مقداد، محمد علي محمد،(2013)، المسلك السليم لإصدار وتنفيذ حكم التحكيم، مؤسسة حمادة للدراسات الجامعية والنشر والتوزيع الطبعة الأولى،ص28.

(3) سامي، فوزي، المرجع السابق، ص18.

- الاستعانة بأنظمة التحكيم المؤسسي لما تتمتّع به هذه المؤسسات من رصانة وقوة، ووجود قواعد مسبقة من شانها أن ترفع من نسبة جاهزيّتها على الفصل بموضوع التحكيم بالدقّة المطلوبة، خصوصاً في مسائل شائكة تتعلّق بالتجارة الدولية .
- يلجأ عادة إلى التحكيم المؤسسي الشركات العملاقة والدول في حالة نشوب أيّ نزاعٍ أثناء ممارسة العمل التجاري .

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للتحكيم

مع أنَّ الطبيعة القانونية للتحكيم لم تأخذ نصـــيبها الحقيقي في البحث والتحليل مثل باقي تكوينات التحكيم، إلّا أنَّ الباحث يجد أنَّ دراسة الطبيعة القانونية للتحكيم لها من الأهمية ما يجعلها تستحقُّ البحث والتوقّف عندها، فلم يبحث التحكيم في الغالب إلّا كنظامٍ قانوني بشكلٍ عامّ، ولم يتمَّ التأصيل به بشكل يغطّي أهميته القانونية .

وتأتي أهميّة البحث في الطبيعة القانونية للتحكيم من خلال النتائج التي تترتّب عليها تحديد طبيعة حكم التحكيم، فتوضّـــح الطبيعة القانونية للتحكيم الآلية التي ســـيتمّ اتخاذُها عند تنفيذ حكم التحكيم، وما هو وصفه القانوني، وكذلك فإنَّ اعتبار التحكيم ذو طبيعة تعاقدية يؤدي بالضرورة إلى نتائجَ تختلف عن تلك التي تتحقّق حين اعتبار عقد التحكيم ذا طبيعة قضائية[1].

وكذلك تثيرُ مسألة دراسة الطبيعة القانونية لحكم التحكيم أيضاً المساعدة في معرفة القانون الواجب التطبيق، الذي طالما يُثير العديدَ من التساؤلات، وخصـوصـاً مع وجود عدد من الاتجاهات الفقهية التي تمَّ اعتمادُها في تحديد الطبيعة القانونية لحكم التحكيم[2]، وأهمُّ النظريات والاتجاهات التي بحثت في الطبيعة القانونية لحكم التحكيم هي النظرية العقدية والنظرية القضـــائية، ومن ثم النظرية المختلطة، وأخيراً النظرية المستقلة، وسنقوم في هذا المبحث بدراسة هذه النظريات، وحسب

---

(1) الحواري، أســامة احمد (2008)، **القواعد القانونية التي يطبقها المُحكّم على موضــوعات المنازعات الدولية الخاصة**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى،عمان،ص34.

(2) الزعبي، محمد داود (2011)، **دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات الدولية**، دار الثقافة، الطبعة الأولى، عمان، ص 34. كذلك انظر: إبراهيم، أحمد إبراهيم، (1997)، **التحكيم الدولي الخاص**، دار النهضـة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، ص40.

ما درج الفقه القانوني من تقسيم له في مطلبين رئيسيين: الأول وهو النظريات الأحادية[1]، والثاني سيُخصَّصُ لدراسة النظريات الثنائية في الطبيعة القانونية للتحكيم[2].

المطلب الأول

النظريات الأحادية

تتقاسم هذا المطلب اتجاهين من النظريات، وهما النظرية التعاقدية والنظرية القضائية، وسُمّيتا بالنظريات الأحادية؛ لأنّها تعالج التحكيم من جانب أحادي، حيث تضفي الصبغة الأحادية لحكم التحكيم، سواء كانت بالإجراءات أو في الموضوع، وحتى صدور حكم التحكيم[3].

وسنقسم هذا المطلب إلى فرعيين: نتناول في الأول النظرية العقدية، وفي الفرع الثاني سنتناول النظرية القضائية وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: النظرية العقدية

إنَّ اتفاق التحكيم ذو طبيعة عقدية، فهو بالأساس يستند إلى إرادة المتعاقدين لإبرام عقد التحكيم، وتنعكس هذه الإرادةُ جليّاً في جميع مراحل عملية التحكيم، وبالتالي يرى أنصار هذه

---

(1) البحيري، عزت محمد علي (1997)، **تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية. (دراسة مقارنة)**، دون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية، ص 17.

(2) الخراز، أشجان (2008) **الطبيعة القانونية لحكم التحكيم**، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ص43.

(3) الجمال، مصطفى محمد وعبد العال، عكاشه محمد، مرجع سابق، ص 36.

النظرية أنَّ التحكيم ذو طبيعة عقدية اســـتناداً إلى اتفاق الأطراف الذي أنتج عقد التحكيم، وتمتّع بحجّيّته[1].

فأطراف العلاقة التحكيمية هم الذين يختارون نوع التحكيم وهيئة التحكيم التي ســـوف تتصدى للفصل في النزاع، وبالتالي فإنَّ اتفاق التحكيم يُعَدُّ حجر الزاوية، والأساس في التحكيم الذي ينسحب على إضفاء الطبيعة القانونية لعقد التحكيم[2]، ويشدّد أصحابُ هذا الرأي على أن حكم التحكيم عنصـــر تَبَعي في عملية التحكيم؛ لأنَّ اتفاق التحكيم هو الأصـــل الذي تعتمد عليه جميعُ إجراءات التحكيم، ويستغرق عمليةَ التحكيم برُمّتها ووصولاً إلى إصدار حكم التحكيم[3].

ويضع أنصار هذه النظرية عدة أسانيد ممكن إيجازها بالآتي:

- إنّ أســـاس اللجوء إلى التحكيم كوســـيلة لحلّ النزاع، هو وجود نيّة التصـــالح والابتعاد عن القضـــاء العادي، وبالتالي فإنَّ تخويلَ المُحكّم ســـلطة حلّ النزاع يعتمد أســـاســـاً على اتفاق الأطراف المتنازعة[4].
- إنَّ السلطة التي يتمتّع بها المُحكّم في حلّ النزاع مستمدّة من إرادة الأفراد الأطراف في النزاع، وهم لا يتمتّعون بأيّ ســـلطة عامة، ولذلك فإنَّ المُحكّم لا يتمتّع بســـلطة عامة، ولا يُمنَعُ من القول بالطبيعة التعاقدية للتحكيم أن يتمَّ تعيين المُحكّم أحياناً من جانب الســـلطة القضـــائية؛

---

(1) القصـــاص، عيد محمد (2003)، **حكم التحكيم دراســـة تحليلية في قانون التحكيم المصـــري والمقارن**، دون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية، ص 75.

(2) التحوي، محمود السيد عمر، **الطبيعة القانونية لنظام التحكيم**، ص26

(3) الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، مرجع سابق، ص38.

(4) الشـــواربي، عبد الحميد (1996)، **التحكيم والتصـــالح في ضـــوء الفقه والقضـــاء والتشـــريع**، دون طبعة، الإســـكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ص 29. وعمر، نبيل إســـماعيل(2004)، **التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية**، ط1، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ص 32.

لأنَّ هذه الأخيرة في تعيينها للمُحكّم، إنّما تحلُّ محلّ الأفراد في اســـتعمال حقّهم في اختيار المُحكّم.

- إنَّ متطلبات المعاملات التجارية الدولية من ســـرعة وائتمان، تجعل العلاقةَ عابرةً للحدود، وللفضاءات القضائية الوطنية، وإنَّ الطبيعة العَقْدية للتحكيم تستجيب لمتطلبات هذه العلاقات التجارية[1].

انتقادات النظرية العقدية :

- هناك التحكيم الإجباري الذي لا يتمُّ اللجوء إليه بناء على اتفاق أطراف النزاع فهو لا يُعَدُّ تحكيماً بالمعنى الفنيّ القائم على الإرادة في اللجوء إليه لحســـم النزاع، وبالتالي لا يعتمد التحكيم كلُّه على طبيعة التعاقد في حسم النزاعات بين الأطراف[2].
- إذا كان حكم التحكيم مصـــدره اتفاق الأطراف، فإن ذلك لا يُضـــفي الطابع التعاقدي المطلق على التحكيم؛ لأنَّ المُحكّم مُلزَمٌ بـاحترام قواعد النظـام العـام، وكـذلـك العـديـد من القواعـد الموضوعيّة والإجرائية[3].

---

(1) البحيري، عزت محمد علي، مرجع سابق، ص 19.

(2) عطيـة، عزمي عبد الفتـاح (1990)، **قـانون التحكيم الكويتي**، ط1، الكويت: مطبوعـات جـامعـة الكويـت، ص33.

(3) الســرحان، بكر ودرادكه، لافي (2009)، **آلية تنفيذ أحكام التحكيم في الأردن (دراســة مقارنـة) في ظلّ قانون التحكيم الأردني**، بحث منشور المجلد 15 العدد2، ص113.

- تمتّع حكم التحكيم بالصـــفة القضـــائية من حيث إمكانية الطعن فيه بالبطلان أمام المحكمة المختصّـــة، ينفي الطبيعة العَقْدية للتحكيم، ويقترب من الطبيعة القضـــائية، ويُضـــيف لحكم التحكيم خاصيّةً من خصائص الحكم القضائي[1].

الفرع الثاني: النظرية القضائية

ينظر مؤيّدو هذه النظرية إلى الطبيعة القانونية للتحكيم من خلال عمل المُحكّم نفســه، فهم يرَوْن أنَّ التحكيم ذو طبيعة قضـــائية، بســـبب أنَّ المُحكّم يقوم بعمل قضـــائي بحت؛ لأنّ أطراف المنازعة في حال اتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم يصبحون مُجبَرين على الإذعان إلى حكم التحكيم والتسليم به، ويصبح قضاءُ التحكيم بديلاً عن القضاء العادي[2].

ويؤصِّل أصـحاب هذه النظرية فكرتهم حول الطبيعة القضـائية للتحكيم، أنَّ إرادة الخصـوم في اللجوء إلى التحكيم لا تعدو أن تكون إلّا مشـــابهةً لإرادتهم عند اللجوء إلى القضـــاء العادي (قضـاء الدولة)، وإنَّ الفيصلَ في الموضوع هو اقتضـاء الحقّ من قبل جهةٍ أو أشخاصٍ ثقات، وإنَّ التقاضـــي أمامهم يرتِّبُ آثاراً مُلزِمة، ولها حجيّة الأمر المقضـــي به، كتلك التي يرتّبها القضـــاء العادي[3].

وكذلك يؤكّد داعمو هذه النظرية على أنَّ الصـــفة القضـــائية التي يتمتّع بها المُحكّم ليس أساسـها إرادة الأطراف واتفاقهم، إنّما أساسـها سلطات الدولة العامة، تمنحها للمُحكّمين وَفْقَ شرائط

---

(1) المادة (50) من قانون التحكيم الأردني رقم (1) لســـنة (2001)، والمادة (273) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة (1969).

(2) ســلامة، أحمد عبد الكريم (2006)، **التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية**، دار النهضـــة العربية ، الطبعة الأولى، القاهرة ، ص 45 – 47.

(3) مشـــيمش، جعفر (2009)، **التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية وأســـباب بطلان القرار التحكيمي وآثاره**، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، الرباط ، ص71.

يحدّدها القانون سلفاً، وبصورةٍ مؤقتة، كما تمنحُ الصفةَ القضائيةَ للقاضي الدولةُ ولكن بصفةٍ دائمة[1].

ولقد استند مناصرو النظرية القضائية على الآتي:

- من حيث الموضوع: إنَّ الحكم الذي يصدره المُحكّم يُنفّذ جبراً، شأنه شأن أي حكم قضائي صادر عن القضاء العادي، فهو يحوز على حجيّة الأمر المقضي به[2]، وبالتالي فإنّه يكون ذا طبيعة قضائية من حيث صفة المُحكّم والقوة التنفيذية لحكم التحكيم[3].
- من حيث الشكل: يُعَدُّ حكم التحكيم ذا طبيعة قضائية من حيث الشكل؛ لأنّه يتبع طرق وأساليب شبيهة بتلك التي يستخدمها القضاء العادي، فالمُحكّم يلتزم بالضرورة باحترام حقّ التقاضي، وإبداء كلّ خصم دفوعَه، والالتزام بالمواعيد المقرّرة لحضور جلسات التحكيم، وغيرها من الإجراءات التي تؤكّد على الطبيعة القضائية لحكم التحكيم[4].
- من حيث الهدف: إنَّ قضاء الدولة والتحكيم يشتركان في هدف واحد، يجعل التحكيمَ أقربَ منه إلى الطبيعة القضائية، من حيث سعيُ كلٍّ منهما إلى استقرار المعاملات، وفضِّ النزاعات، ممّا يؤدي إلى تنشيط دورة الحياة وتنميتها، وإنَّ التحكيمَ صورةٌ من صور القضاء

---

(1) غصن، خليل عمر (2005)، **سلطة المُحكّم الأمرية في التحكيم الداخلي**، ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ص 67.

(2) الزيادي، إسماعيل، التحكيم والقضاء، تمايز أم تكامل ، **مجلة التحكيم العالمية**، العدد السابع عشر، ص110.

(3) التحيوي، محمود السيد عمر، مرجع سابق ،ص349.

(4) راغب فهمي، وجدي (1974)، **النظرية العامة للعمل القضائي**، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، الإسكندرية ص 94.

العادي، ورديف له يجمعهما هدفٌ واحد يسعى القضاء إلى تحقيقه على الدوام، وهو إعطاء كلَّ ذي حقٍّ حقَّه، وإحقاق العادلة بين المتنازعين.

الانتقادات التي وُجِّهت إلى النظرية القضائية:

- من حيث الحصانة والسيادة: يتمتّع القاضي بحصانة لا تتوفّر لدى المُحكّم، وهذه الحصانة توفّر له الضمانة التي توفّرها السلطات العامة لإنجاز مهامهم بطريقة صحيحة، ويتبع القاضي إحدى الوزارات السيادية في الدولة، وتكون شروط تعينه بمستوى عالٍ من الدقة والأهمية، على عكس المُحكّم الذي يكتسب صفة المُحكّم وَفْقَ شروطٍ عادية، وتمتاز بالبساطة واليسر[1]، ومرفق القضاء من المرافق السيادية في الدولة، ويمتاز عمله بالدوام والاستقرار، ويعكس جانباً مهمّاً من جوانب هيبة الدولة .
- من حيث قوة الجبر والإلزام: يتمتّع الحكم القضائي بقوةٍ تنفيذية ذاتية، فعندما يصدر القاضي حكماً معيناً، فإنّه يتمتّع بقوةٍ من الإلزام والجبر، وعلى السلطات التنفيذية أن تقوم بتنفيذ حكمِه فوراً، على عكس التحكيم الذي لا يُنفّذُ إلّا بعد صدور حكم من المحكمة المختصّة، وكذلك لا يستطيعُ المُحكّم أن يصدرَ حكماً يخالفُ فيه أمراً قضائياً[2].
- من حيث الشمول والعمومية: تمتازُ وظيفة القضاء عن التحكيم، بأنَّ الأولى لها صفة الشمول والعمومية، فهي تتدخل لحلِّ الخلافات والمنازعات، وكذلك يستطيع كلُّ مَنْ له مصلحة رفع دعوى أمام القضاء، فالقضاء يتدخّل لحماية المجتمع بشكلٍ عامّ، وحماية المصالح والحقوق،

---

(1) المادة (15/أ وب) من قانون التحكيم الأردني ، مرجع سبق ذكره، والمادة (255) من قانون المرافعات المدنية العراقي، المرجع السابق.

(2) المادة (54/أ/1) من قانون التحكيم الأردني، المرجع السابق، والمادة (272) من قانون المرافعات المدنية العراقي ،المرجع السابق.

ولا تقتصــــر وظيفته لحلّ النزاعات فقط، فمهمة القضـــاء الحفاظ على النظام العام بمفهومه الواسـع، على عكس التحكيم الذي لا يستطيع الفصلَ في القضـايا التي تتعلّق بالنظام العام، والقضـايا التي لا يجوز فيها الصـلح، وعليه أن يصـدرَ حكمه التحكيمي خلال الفترة المبيّنة في القانون[1].

وفي ختام هذا المطلب يرى الباحث أنَّ التحكيم والقضـــاء وظيفتان مهمتان لاســـتقرار المعاملات بين الناس، ولحلّ الخلافات بين الخصـوم، وهما يخلقان حالةً من التكامل القانوني لفضِّ المنازعات، وبغض النظر عن الطبيعة القانونية للتحكيم، فلا شـــك في أنّه يعلب دوراً مهمّاً بجانب القضاء، ويرفع عن كاهله الكثير من القضايا التي تتولد نتيجةً عن مختلف التعاملات القانونية.

موقف كلّ من التشريع والقضاء الأردني والعراقي من النظريتين:

- لم يتبنَّ التشـــريع الأردني من خلال قانون التحكيم الأردني رقم (31) لســـنة (2001) موقفاً واضـــحاً تجاه الطبيعة القانونية للتحكيم، فجاءت نصـــوصـــه معتبرة أنَّ التحكيم ذو طبيعة عقدية[2]، وهذا ما أكّدته محكمة التمييز الأردنية عندما أشـــارت إلى الطبيعة العَقْدية لحكم التحكيم، وجاء في حكمها أنَّ (التحكيم لا يخرج عن كونه عَقْداً عادياً يتمُّ برضـــا الطرفين واختيارهم)[3].

---

(1) المادة (37) من قانون التحكيم الأردني المرجع الســـابق، والمادة (2/273) من قانون المرافعات المدنية العراقي، المرجع السابق.

(2) المادة (3) من قانون التحكيم الأردني، المرجع السابق.

(3) تميز/حقوق رقم 54/132 المنشـــور في مجلة نقابة المحامين ســـنة 1954،ج1،ص 800. المبادئ العامة لمُحكّمتي التميز والعدل العليا كذلك تميز حقوق رقم 2010/1783 (هيئة خماســـية) تاريخ 2010/10/6 منشورات مركز عدالة.

وفي نصٍّ آخر اعتبر المشرّع الأردني أنَّ حكم التحكيم يحوز حجيّة الشيء المقضيّ به، وأنَّ المُحكّم بهذا المعنى يتمتّع بصفة القاضي[1]، وبهذا المعنى أكّدت محكمة التميز على الطبيعة القضائية لحكم التحكيم (إنَّ الحقوق لا تكون محلَّ منازعات جدّية إلّا في خصوماتٍ على شكل قضايا، أو دعاوي معروضة على المحاكم والمُحكّمين)[2]، وبهذا فإنَّ التشريع والقضاء الأردنيين لم يقفا موقفاً موحّداً تجاه الطبيعة القانونية لحكم التحكيم.

- أمّا قانون المرافعات المدنية العراقي فقد أكّد هو الآخر على الطبيعة الاتفاقية لعقد التحكيم، وأجاز بنصّ القانون الاتفاق على التحكيم قبل أو بعد نشوء الخلاف بين المتنازعين[3].

ونجد أنَّ محكمة تمييز العراق قد أشارت هي أيضاً إلى أنَّ التحكيم ينشأ بواسطة العقد، ويكون ذا طبيعة تعاقدية، وهذا ما نستنتجه ضمن ثنايا القرار الصادر من محكمة التمييز المرقم 363 مدنية أولى 74 في 1975/2/5 حيث أشار إلى (أنَّ التحكيم في القانون نوعٌ واحد حسب المادة (251) مرافعات، وأنَّ الشرط الوحيد لوجوده وترتيب أثره هو أن يكون ثابتاً بالكتابة حسب المادة (252) المعدّلة من قانون المرافعات، ويستوي في ذلك أن يكون الاتّفاق عليه قد تمّ وقت التعاقد، أو تمّ باتّفاقٍ مكتوب مستقل، أو تمّ الاتّفاق عليه أثناء المرافعة..)[4].

---

(1) المادة (52) من قانون التحكيم الأردني، المرجع السابق.

(2) تميز حقوق رقم 86/845 المنشور في مجلة نقابة المحامين سنة 1989. ج6. ص2013، المبادئ العامة لمُحكّمتي التميز والعدل العليا.

(3) المادة (251) من قانون الرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة (1969) حيث جاء فيها: يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين.

(4) انظر في هذا القرار منشور في مجموعة الأحكام العدلية الصادرة عن قسم الإعلام القانوني في وزارة العدل، ع1، س6، ص175.

المطلب الثاني

النظريات الثنائية

حاول أنصار هذه الاتجاه أن يعالجوا العيوبَ التي ظهرت في النظريات الأحادية من خلال إيجاد نظرياتٍ جديدة، وهي النظرية المختلطة، والنظرية المستقلة، فجميع أصحاب هذا الاتجاه بين النظرية التعاقدية والنظرية القضـــائية، خرجوا بنظرية ثالثة، وهي النظرية المختلطة، وذهب اتجاه آخر منهم وقال: إنَّ التحكيم ذو طبيعةٍ خاصـــة أو مســـتقلة، تختلف عن النظرات الأخرى التي تمَّ تناولها، ولتسليط الضوء على كلِّ ما سبق، فإنّنا سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين: نتناول في الأول النظرية المختلطة، وسنُخصّص الفرع الثاني لدراسة النظرية المستقلة أو الخاصة.

الفرع الأول: النظرية المختلطة

حاول أنصـــار هذا الاتجاه[1] التوفيقَ بين الطبيعة العقدية للتحكيم من خلال التقاء الإرادتين، والمســتمدّة من اتفاق التحكيم ذاته، الذي تتجسّـد فيه بوضـوح العناصـر التعاقدية، وما يحمله حكم التحكيم من عناصر وصفات تجعلُ منه ذا طبيعةٍ قضائية، فنقطة البداية للتحكيم تحمل وبوضوح الطبيعةَ التعاقدية من حيث اتفاقُ الأطراف إلى اللجوء إلى التحكيم، ومن ثَـمَّ يأخذُ التحكيمُ شكلاً إجرائياً، لينتهيَ بصدور حكمٍ من المُحكّم يحمل الصفات القضائية من جهة إصداره، أو من جهة الإلزامية والحجيّة التي يحملها، وبالتالي فقد ســـعى مؤيدو هذا الاتجاه إلى أن تكون هناك مرحلتان للعملية التحكيمية، وهما التعاقدي والقضـــائي الذي حاول فيه أصـــحاب هذا الرأي، تجاوزَ

---

(1) صادق هشام علي (2006)، **التحكيم وعلاقته بالقضاء**، دار النهضة العربية،الطبعة الأولى، القاهرة،ص60، كذلك: الصـــاوي، احمد الســـيد (2002)، التحكيم **طبقا للقانون رقم 27 لســـنة 1994، وأنظمة التحكيم الدولية**، دون نشر ن القاهرة،ص10.

العيب الســـابق للنظريتين، عندما حاولتا أن تكونا وصـــفاً واحداً للطبيعة القانونية للتحكيم، فإمّا أن يكون تعاقدياً، أو يكونَ قضـائياً، وهو في الحقيقة نظام هجين أو مختلط حسب هذا الاتجاه، ويمكن القول إنَّ هذه النظرية قد حاولت أن تقف موقفاً وسطياً بين النظريتين اللتين قيلتا في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم(1).

إنَّ العملية التحكيمية حسب هذا الاتجاه تكون بمرحلتين تُكمِّلُ إحداهما الأخرى، في المرحلة الأولى اتفاق التحكيم، وفي الثانية صـدور حكم التحكيم، وهنا لا يمكن وضـع نقطةٍ فاصـلة لهاتين المرحلتين؛ لكون العملية برُمّتها تحمل جانباً تعاقدياً، وآخرَ قضـائياً(2)، فالتحكيم حسب وجهة النظر هذه قالبٌ قانوني يحتوي على عقد التحكيم الذي أســاســه إرادة الأطراف، وحكم التحكيم الذي يجدُ أساسه في المُحكّم(3).

وكما النظريات الســابقة يوجدُ للنظرية المختلطة عددٌ من الأســانيد، وآخر من الانتقادات نوجزها بالشكل الآتي:

أسانيد النظرية المختلطة:

- إنَّ دمج النظريتين معاً يُعَدُّ حلّاً عملياً ومشـــجعاً للجوء إلى التحكيم، من جهة زيادة الثقة من قبل المتخاصـمين إليه كحلٍّ لمنازعاتهم؛ لأنّه لا يُغيِّبُ سـلطان الإرادة عند التعامل به، وذلك من خلال اتفاق الأطراف على اللجوء إليه، وكذلك إعطاء التحكيم الطابعَ القضـــائي الذي

(1) شـحاته، محمد نور (1993)، **النشـأة الاتفاقية للسـلطات القضـائية للتحكيم**، دار النهضـة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، ص374.

(2) الحواري، أسامة احمد، مرجع سابق، ص39.

(3) الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، مرجع سابق،ص46.

سـيؤدّي بالضـرورة إلى زيادة الثقة بنظام التحكيم، الذي يتجسّـد من خلال رقابة الدولة على حكم التحكيم الصادر على إقليمها[1].

- إنَّ النظرية المختلطة تُعَدُّ حلّاً توافقياً من حيث جمعها الركيزتين الأهم في النظام القانوني للتحكيم، وهما اتفاق الأطراف الذي يبتدأ به التحكيم، وحكم التحكيم الذي يُنهي الخصومة بين الأطراف، ويكون ملزماً، ومتمتعاً بحجيّة الأمر المقضي به[2].
- إنَّ الأخذ بالنظرية المختلطة سـيؤدّي إلى تبنّي نتائج مختلفة عن النظريات الأخرى، وهذه النتائج تكون أقربَ إلى الوصـف الدقيق للطبيعة المختلطة للتحكيم، وهي أنَّ قرارات التحكيم تُعَدُّ عقداً قبلَ صـدور أمر التنفيذ، وبالتالي تخضـع للقواعد العامة للعقود، أمّا بعد صـدور الأمر بالتنفيذ، فتُعتبر بمثابة الحكم القضائي[3].

الانتقادات التي وجهت إلى النظرية المختلطة

- اهتمَّ هذا الاتجاه بالأخذ بالجانب الشكلي من جهة دمج النظرية العقدية مع النظرية القضـائية، ولم يتوصّلْ إلى حلولٍ للمشكلة القائمة بين النظريتين، ووضـع حدّاً فاصـلاً بين الطبيعة العقدية والطبيعة القضـائية، في حين أنَّ الأجدرَ هو النظرُ إلى العملية القانونية للنظام التحكيمي ككلٍّ واحد لا يتجزأ[4].

---

(1) المادة (272) من قانون المرافعات المدنية العراقي، المرجع السابق.

(2) الحواري، أسامة أحمد، مرجع سابق، ص39.

(3) أبو أحمد، علاء محي الدين (2008)، **التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضـوء القوانين الوضـعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم (دراسـة مقارنة)**، دار الجامعة الجديد، دون طبعة، الإسكندرية، ص44.

(4) الجمال، مصطفى و عبد العال، عكاشة ، مرجع سابق، ص45، كذلك انظر: شتا، أحمد محمد نور (1997)، **مفهوم الغير في التحكيم دراسـة تحليلية وتطبيقية مقارنة لمبدأ نسـبية أثر التحكيم بالنسـبة للغير** .بدون طبعة .القاهرة .دار النهضة العربية سنة. 1996 ص 30.

- اعتبر بعض الفقه[1] أنَّ عملية الأخذ بالنظامين، وما يترتّب عليه من نتائج، يُعَدُّ مَثلبةً عليه، ولا يمثّل حالةً إيجابية؛ لأنّه من الصعب التعامل مع نظامين أحدهما عقديّ والآخر قضائي، لاختلاف عناصرِ كلٍّ منهما، ومكانة كلّ منهما في العملية التحكيمية.
- تمّ نقدُ وجود الطابع التعاقدي للتحكيم، وهي نفس الصورة النقدية التي تمَّ توجيهها إلى النظرية العَقْدية، وهي أنَّ التحكيم الإجباري يخلو من وجود أيّ إرادة للمتنازعين في اللجوء إلى التحكيم، ممّا يضعف ترابط وتماسك النظرية المختلطة[2].

الفرع الثاني: النظرية المستقلة

تُعَدُّ النظريةُ المستقلة من النظريات الحديثة نسبياً في الفقه القانوني، ومؤدّى هذه النظرية أنَّ للتحكيم طبيعةً قانونية خاصة ينفرد بها عن باقي التصرفات القانونية، فهو مستقلٌ وقائم بذاته.

ويؤكّد المدافعون عن هذا الرأي وجهة نظرهم هذه بأنَّ للتحكيم ذاتيته المستقلة التي تميّزه عن العقود، وعن أحكام القضاء كذلك، فالتحكيم آلية قانونية متميزة لحلّ النزاعات، يحتوي جزءٌ منها على العناصر العقدية، وجزء آخر على العناصر القضائية، لكنها تشكّل في مجملها طبيعةً قانونية مستقلّة تختلفُ عن باقي الأعمال القانونية، العقدية منها والقضائية[3].

---

(1) رشاد، ساميه (1984)، **التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة**، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية ، ص 71، كذلك عبد الفتاح ، عزمي ، المرجع السابق، ص94.

(2) إبراهيم، نادر محمد (2000)، **مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي** .الإسكندرية: منشأة المعارف، ص30.

(3) محمد، خالد (2000)، **موسوعة التحكيم التجاري الدولي**، دار الشروق، الطبعة الأولى، القاهرة، ص112، كذلك: راغب وجدي (1974)، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشاة المعارف، الإسكندرية، 285ص، كذلك: محمود، سيد احمد (2003) **مفهوم التحكيم**، ط1، القاهرة: دار النهضة العربية،

ويرفضُ هذا الاتجاه القائلون بالنظرية العقدية البحتة؛ لأنَّه ليس كلُّ التحكيم يبدأ بالعلاقة العقدية كالتحكيم الإجباري، ويختلفون كذلك مع أصحاب النظرية القضائية للتحكيم؛ لأنَّ التحكيم قد يطبّق قواعد العدل والإنصاف، ويبتعد عن تطبيق القانون الموضوعي، وهو بذلك يبتعد عن القضاء بمفهومة العادي، وكذلك التحكيم مصدره العقد في حين أنَّ القضاءَ مصدره السلطات العامة في الدولة، لذلك فإنَّ التحكيم يتمتع بطبيعة مستقلة وخاصة، ودون تبعيّة لأحد الأنظمة التي قد تتشابه معه في جوانب، وقد تختلف معه في جوانب أخرى[1].

ويرى الباحث أنه من مؤيدي وأنصار هذه النظرية للأسباب الآتية:

- أنَّ نظام التحكيم يستمد استقلاليته وخصوصيته لما يتمتّع به من قدم، فهو من أقدم التصرّفات القانونية التي تسعى لفضّ المنازعات على المستويين التجاري والمدني.
- وإن كان كلا النظامين التحكيم والقضاء يسعيان إلى فضّ المنازعات والخصومات الآن، فالتحكيم يستمدُّ خصوصيّته من سعيه لتحقيق مصالحَ خاصة، في حين القضاء يسعى لتحقيق مصالح عامة.
- أنَّ التحكيم يستمدُّ استقلاليته من مغادرة التصرّفات والعقود المدنية؛ لأنّه يرتّب آثاراً بذاته، وينتهي بإصدار أحكام، وهذا منعدم في العقود الأخرى.
- ويختلف التحكيم عن القضاء في بنائه الداخلي من حيث الإجراءات والاختصاص المكاني والزماني لنظر الدعوى، وآلية تقديم الدفوع، وتشكيل المحاكم ودرجاتها، وكلُّ ذلك يُنظَّم عن طريق قواعدَ عامة ومجرّدة في القانون.

ص55، كذلك : يوسف سحر عبد الستار(2006)، **المركز القانوني للمُحكّم (دراسة مقارنة)**، دار النهضة العربية القاهرة، ص33.

(1) محمد، خالد، المرجع السابق، ص 113.

- أنَّ ما يوفّره نظام التحكيم من إجراءات الســـــرعة والائتمان والعلاقات التجارية العابرة للحدود في أغلبها، تجعل منه ذا طبيعة خاصــة مسـتقلة عن باقي التصـرفات القانونية الأخرى، ممّا يلبّي حاجات الأطراف المتخاصمة في سرعة حسم المنازعات.

الفصل الثالث

القواعد الموضوعية الإجرائية في منازعات التحكيم

تلعب القواعد الموضـــوعية والإجراءات دوراً مهمّاً في عملية التحكيم بأكملها، فمن خلالها يتمُّ الوصول إلى حلِّ النزاع ومعرفة القانون الواجب التطبيق عليه، أي إنَّ هذه القواعد هي الأعمال الإجرائية المتوالية التي ترمي إلى الوصـــول إلى حكمٍ صـــادر من هيئة التحكيم، وهذا الحكم الذي يفصل في النزاع الدائر بين الأطراف .

إنَّ القواعد الموضوعية والإجراءات تتشكل من خلال إراداتٍ معينة حدّدها القانونان العراقي والأردني، وهذه الإرادات هي طرفا التحكيم اللذان يلعبان دوراً أســـاســـيّاً في تحديد الموضـــوع والإجراءات المطبقة على اتفاق التحكيم، وكذلك يمتلك المُحكّم صلاحية تحديدِ القواعد التي ستطبّق على اتفاق التحكيم، وهذا طبعاً بعد تحديد تلك الإجراءات من قِبل طرفي النزاع، إلّا أنّه من الضـــرورة بمكان معرفة إذا ما كانت إرادة الأطراف وحريتهم مطلقة في تحديد القواعد الموضـــوعية والشكلية لنزاع التحكيم، أم أنَّ هناك قواعدَ عامة ومبادئَ أساسية لا تمتدُّ إليها إرادة الأطراف، وهي مستثناةٌ من حرية الأطراف في الاتفاق عليها .

وفي ضوء ما تقدّم سيقوم الباحث في هذا الفصل بإلقاء الضوء على ذلك، ومعرفة رأي كلٍّ من المشـــرّعين العراقي والأردني في هذا الموضـــوع، مســـتعيناً في ذلك بنصـــوص القانون وأحكام المحاكم التي تخصُّ هذه الجزئية من الموضوع.

وســـيتم بحثُ ذلك في مبحثين: يتناول الأول القواعد الموضـــوعية في منازعات التحكيم، وسيُخَصّص المبحث الثاني للقواعد الإجرائية في منازعات التحكيم.

المبحث الأول

القواعد الموضوعية في منازعات التحكيم

سبق أن بيّن الباحث في الفصل الأول من هذه الدراسة أهمية إرادة طرفي التحكيم في صيرورة اتفاق التحكيم، حيث إنّها تلعب دوراً رئيساً منذ الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم قبل نشوء النزاع، وذلك بتضمين العقد شرط اللجوء إلى التحكيم، أو من خلال مشارطة التحكيم، وهي اللجوء إلى التحكيم بعد نشوب النزاع بين طرفي التحكيم.

وتستمر إرادة الأطراف بالتأثير في سير التحكيم إلى نهاية عملية التحكيم، وصدور القرار النهائي لها من قبل هيئة التحكيم، وهذا يشمل القواعدَ الموضوعية التي يتّفق الطرفان على تطبيقها على موضوع النزاع، وفي حالة أنَّ الأطراف سكتت عن بيان القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على النزاع تصدّت هيئة التحكيم لتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع[1].

ومن الجدير بالذكر في هذا الصدد أنَّ هناك قيوداً على حرية طرفي التحكيم، وأخرى على صلاحية هيئة التحكيم في تطبيق القواعد الموضوعية المتعلّقة بالنزاع، وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث من خلال مطلبين: نتناول في الأول حرية الأطراف في اختيار القواعد الموضوعية التي تحكم النزاع والقيود الواردة عليها، أمّا المطلب الثاني فسنُخصّصه لبحث صلاحية هيئة التحكيم في تطبيق القواعد الموضوعية التي تحكمُ النزاع، والقيود الواردة عليها.

1المادة (2/39) من قانون التحكيم التجاري المصري رقم (27) لسنة (1994).

المطلب الأول

حرية طرفي التحكيم في اختيار القواعد الموضوعية للنزاع والقيود الواردة عليها

سنتناول في هذا المطلب حرية طرفي التحكيم في اختيار القواعد الموضوعية لنزاع التحكيم والقيود الواردة عليها، وبالتالي فإنّنا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين: نتناول في الأول حرية طرفي التحكيم في اختيار القواعد الموضوعية المطبقة على نزاع التحكيم، أمّا الفرع الثاني فإنّنا سنُخصّصه لبحث القيود الواردة على هذه الحرية، وقبل الولوج في تفاصيل هذا المطلب لا يفوتنا أن نذكر أنَّ اتفاق التحكيم كي يتحقّق بالشكل الصحيح، هناك طائفة من الشروط يجبُ توافرها في اتفاق التحكيم، التي تسمّى الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم.

الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم :

ينطبق على عقد التحكيم ما ينطبق على باقي العقود، وذلك حسب النظرية العامة للعقد، حيث يُشترَطُ لقيام صحتها عدة أركان تُسمّى أركان العقد، وهي الرضا والأهلية والمحلّ والسبب، وسنتناول كلاًّ منها على الشكل الآتي:

أولاً: الرضا

يُعَدُّ التراضي ركناً من أركان العقد(1)، وشرطاً لا بُدّ من توافره لقيام عقد التحكيم، فالتراضي هو بالضرورة أن تتجه إرادة كلٍّ من المتعاقدين إلى اللجوء إلى التحكيم، لحلِّ النزاع القائم بينهم، أو

---

(1) عرفت المادة (87) من القانون المدني الأردني العقد بأنّه (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه لآخر)، وكذلك عرفت المادة (73) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) العقد بأنه (ارتباط الإيجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه).

الذي ســـيقوم بينهم[1]، وأن تتّجه إرادة كلا الطرفين بتحقيق هذه الغاية، وهي أن يكون التحكيم هو القضاء الاختياري الذي سيلجأان إليه بدلاً عن القضاء العادي[2].

والتراضـــي بالتحكيم يمثّل هوية التحكيم، الذي انبرت إليه إرادة المتعاقدين، فكما هو معلوم أنَّ ســـلطان الإرادة يلعب دوراً كبيراً ومحورياً في إدارة عملية التحكيم برُمّتها، ســـواء من خلال التراضـــي باللجوء إلى التحكيم أو التراضـــي والاتفاق على مُحكّم أو هيئة تحكيم معينة، أو مركز تحكيم معين وكذلك التراضي في اختيار القواعد الموضوعية والإجرائية التي يسير من خلالها اتفاق التحكيم.

ولقد نظّم المشرّع الأردني التراضي في القانون المدني من خلال نصوص المواد (135 – 156)[3]، ويجب التأكد أنَّ الرضـا لا يوجد فيه ما يفسـده أو يبطله ممّا لا يُعتدُّ به، كفقدان الأهلية عند الصبي غير المميز، وكذلك لا يُعتدُّ برضـا المجنون أو السكران الفاقد القدرة على التمييز(4)، وما يدعم التراضـــي والتقاء الإرادات هو أن تذهب بهما إلى إحداث الأثر القانوني المرجوّ من التراضـــي، فلا يكفي التوافقَ والتراضـــي على التحكيم، بل أن يتمَّ أيضـــاً على اتجاه نية المتعاقدين على إحداث الأثر القانوني للتحكيم[5].

---

(1) احمد، محمد شريف (1999)، **مصادر الالتزام في القانون الأردني، دراسو مقارنة بالفقه الإسلامي**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص78.

(2) عمر، نبيل إســـماعيل (2005)، **التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية**، ط1، دار الكتب الجامعة، الإسكندرية، ص37 .

(3) الجازي، عمر(2003) ،اتفاق التحكيم في ظل قانون "التحكيم الأردني رقم (31) لسـنة 2001، نشـر هذا المقال في **المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي 2003**، العدد الثاني والعشرون، ص3.

(4) الحواري، أسامة احمد، المرجع السابق، ص74.

(5) الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشه، المرجع السابق، ص388.

ثانياً: الأهلية

إنّ الإرادة الصحيحة لا تكفي لقيام العقد بالتقاء الإرادتين لإحداث أثرٍ قانوني، بل لا بُدّ من أن تكون هناك أهلية للإدلاء ، وبمعنى أدقّ هو توفّر أهلية التصرّف في الحقوق، وبالتالي فمن كان يتمتّع بالأهلية الكاملة من حقّه إبرام عقد التحكيم، ويخضع موضوع الأهلية للقانون الشخصي الذي ينتمي إليه الشخص المتعاقد[1]، وإنَّ الأهلية في أغلب القوانين العربية تتبع الجنسية؛ بوصفها الركيزة في القانون الواجب التطبيق[2].

ولقد نظّم المشرع الأردني موضوع الأهلية في التعاقد على التحكيم في المادة (9) من حيث جاء بها (لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلّا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح)[3].

ويجب التأكيد على أنَّ الأهلية لا تثبت في الأصل إلّا لمن بلغ سن الرشد، ولم يكن محجوراً عليه لجنون أو سفه أو غفلة4، ولقد نظّم قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة (2001)، صلاحية الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة، حيث أجاز لها الحقّ في الدخول وإبرام عقد التحكيم، وذلك في المادة (3) منه، حيث ورد فيها أنّه (تسري أحكام هذا القانون على كلّ تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلّق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف من أشخاص القانون العام أو

---

(1) الحواري، أسامة، المرجع السابق، ص 76.

(2) المادة (1/11) من القانون المدني المصري، كذلك المادة (1/18) التي جاء فيها (أن تسري على الأهلية قانون الدولة التي ينتمي إليه الشخص بجنسيتها)، كذلك نص المادة (11) من القانون المدني الأردني حيث نصت على انه (القانون الأردني هو المرجع في تكييف العلاقات عندما لا يتطلب تحديد نوع هذه العلاقات، في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق).

(3) قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة (2001).

(4) الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشه، المرجع السابق،410.

القانون الخاص، أيّاً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية كانت أو غير عقدية)، وبذلك فإنَّ الأشـــخاص الاعتبارية العامة والخاصـــة تتمتّع بالأهلية الكاملة في إبرام عقد التحكيم.

أمّا القانون العراقي، فلم ينظّم قانون المرافعات العراقي(قانون التحكيم) رقم (83) لســـنة (1969)، موضـــوع الأهلية في إبرام عقد التحكيم، وبذلك نعود إلى المبادئ العامة في القانون المدني التي سـبقت الإشـارةُ إليها، وهي نصُّ المادة (1/18) من حيث الأهلية والعودة إلى جنسـية المتعاقد لتنظيمها.

ثالثاً: محلّ اتفاق التحكيم

يُقصَـــدُ بمحلّ التحكيم، موضـــوع المنازعة التي اتّجهت إرادة الأطراف إلى حلّها وإنهاء خصومتها بالتحكيم، التي نصَّ اتفاق التحكيم على حلّها عن طريق التحكيم[1].

علما أنَّ نزاع التحكيم أو موضـــوعه يمثّل محلّ التحكيم، الذي اتفقت الأطراف على حلّه بهذه الطريقة، وقد يكون هذا النزاع قائمًا وقت إبرام الاتفاق في حالة مشــارطة التحكيم، وفي حالة توقّع أطراف التحكيم نشوئه في المستقبل في حالة شرط التحكيم[2]، وخيراً فعل المشرّع الأردني من خلال توسّـعه في نطاق المنازعات التي يشـملها عقد التحكيم، وهذا ما نسـتطيع أن نسـتنبطه من خلال نصّ المادة (3) من قانون التحكيم الأردني[3].

وما نودُّ الإشـارةَ إليه هو ضـرورة أن يكون محلُّ النزاع وموضـوعه قابلاً للتحكيم، فلا يجوز التحكيم إلّا في المســائل التي بيّنها القانون، ومنها عدم جواز التحكيم إلّا في المســائل التي يجوز

---

(1) الحواري، سائد، المرجع السابق، ص75.

(2) الجازي، عمر، المرجع السابق، ص3.

(3) قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة (2001).

فيها الصـــلح، ومن خلال قانون التحكيم الأردني، فقد نصّـــت المادة (9) منه على أنّه (لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلّا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرّف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح).

وهذا ما بيّنه المشـرّع العراقي، حيث أكّدت المادة (254) على ذات المعنى، فورد فيها (لا يصــحُّ التحكيم إلّا في المســائل التي يجوز فيها الصــلح، إلّا ممّن له أهلية التصــرّف في حقوقه، ويجوز التحكيم بين الزوجين طبقاً لقانون الأحوال الشخصية وأحكام الشريعة الإسلامية).

أو من خلال الرجوع إلى المبادئ العامة في القانون المدني الأردني والعراقي اللذين بيّنا المسائل التي يصحّ فيها العقد بشكل عام[1].

الفرع الأول: حرية طرفي التحكيم في اختيار القواعد الموضوعية

تصدر هيئة التحكيم حكمها في النزاع الذي تفصلُ فيه بناءً على القواعد الموضوعية التي تمَّ اختيارها من قبل طرفي النزاع، وهو ما يتناســـب مع الطبيعة الاتفاقية للتحكيم[2]، فهم يتمتعون بحرية كاملة في اختيار تلك القواعد القانونية التي ســـيتمُّ تطبيقها على النزاع، وبالتالي فإنَّ حكم التحكيم النهائي يصـــدر بناء على ما قام باختياره طرفا النزاع، وقامت بتطبيقه هيئة التحكيم؛ لأنّها مُلزَمة بذلك[3].

(1) نص المادة (88) من القانون المدني الأردني، كذلك نص المادة (75) من القانون المدني العراقي.

(2) الجمال، مصـطفى وعبد العال، عكاشـه، المرجع السـابق، ص 266. كذلك: صـادق، هشـام علي (1976)، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مكتبة النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، ص154.

(3) المادة (28) من القانون التحكيم النموذجي (اليونســترال)، للحكيم التجاري الدولي حيث نصــت: تفصــل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصــفها واجبة التطبيق على موضــوع النزاع وأي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على انه إشـارة مباشـرة إلى القانون الموضـوعي لتلك الدولة ليس لقواعدها الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك.

وهذا ما أكّدته المادة (36/أ) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة (2001) حيث نصّت على "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتّفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين".

أمّا بالنسبة إلى موقف المشرّع العراقي فإنّه لم ينظّم قانوناً خاصاً للتحكيم، وبالتالي يتمُّ التعامل مع موضوع اختيار القواعد التي تحكم النزاع من خلال الرجوع إلى نفس العقد من حيث شروطه وآثاره[1]، باعتبار أنَّ القواعد الموضوعية للتحكيم تُعَدُّ متصلة تماماً بالتصرف، أو العقد موضوع النزاع، فإنّها بالتالي تخضع لأحكامه، حيث يعتمد على قواعد التنازع بشأن القانون الذي يحكمها[2].

إنَّ قانون المرافعات العراقي (83) لسنة (1969)[3]، الذي أفرد جزءاً منه لمعالجة التحكيم، لا يوجد فيه نصٌّ صريح بشأن اختيار الأطراف للقواعد الموضوعية التي تحكم النزاع، وبالتالي فإنّه يصار إلى تطبيق نصّ المادة (25) من القانون المدني العراقي، التي تقضي بتطبيق القانون المختار صراحة من قبل الأطراف، وفي حالة عدم الاختيار يتمُّ اللجوء إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، وفي حالة اختلاف موطن المتعاقدين يتمُّ تطبيق قانون الدولة التي أُبرِم فيها العقد.

---

(1) الأنباري، صباح صادق جعفر(2004)، **قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 وتعديلاته**، مكتبة القانون والقضاء بغداد، ص63.

(2) علوان، محمد يوسف (1976)، الاتجاهات الحديثة في العقود الاقتصادية الدولية، منشور في **مجلة الحقوق العراقية** العدد (3-4)، السنة (8)، ص61.

(3) قانون المرافعات العراقي، المرجع السابق.

وأخيراً يجب التأكيد على أنَّ هيئة التحكيم ملزمةٌ بإصـــدار حكمها في قضـــية التحكيم بما اتجهت إليـه إرادة الأطراف، وفي حـالـة حيـادهـا عن ذلـك بتطبيق قـانون آخر غير قـانون إرادة الأطراف، كان ذلك سبباً كافياً لرفع دعوى بطلان حكم التحكيم[1].

الفرع الثاني: النظام العام كقيد على حرية طرفي النزاع في اختيار القواعد الموضوعية

تُعَدُّ فكرة النظام العام من الأفكار المهمة والمُعقّدة في القانون، وقد اجتهد الباحثون والعلماء في الكتابة عنها، سـواء أكان فيما يتعلّق بفكرة النظام العام في القانون العام أو الخاص، ولا يتّســع الوقت والجهد هنا لبحث موضـوع النظام العام، خصـائصـه وعناصـره وتعقيداته، إلّا أنَّ النظام العام لا يعدو أن يكون مجموعة من المصـــالح المتجانســـة الأســـاســـية التي يقوم عليها أيُّ مجتمع من المجتمعات، ســـواءٌ كانت تتعلق بالمصـــالح والمفاهيم الدينية، أو الســـياســـية، أو الاجتماعية، أو الأخلاقية، أو الاقتصـــادية في المجتمع[2]، لذلك تُعتبر قواعد النظام العام صـــمّام أمان للمحافظة على المجتمع من الانحلال والاضـطراب، لذلك فرض المشـرّع سـلطاته على الجميع في احترام هذه القواعد.

وما نريد أن نبيّنه بهذا الصـــدد أنَّ طرفي التحكيم وإن كانا يتمتعان بمرونة عالية وحرية في إضـــفاء إرادتيهما على العقد، الآن هذه الإرادة تقيّدها قواعد النظام العام، وعليهما عدم مخالفتها ومراعاتها في اختيار القواعد الموضـوعية، وجميع الالتزامات الواردة في عقد التحكيم[3]، فإذا ما قام

---

(1) الزعبي، محمد داود (2011)، **دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص151.

(2) محمود، سلطان عبد الله (2010)، الدفع بالنظام العام وأثره، بحث منشـور في **مجلة الرافدين للحقوق**، المجلد (12)، العدد (43) ص85.

(3) الجمال، مصطفى وعبد العال ، عكاشه المرجع السابق، ص270.

طرفا العقد باختيار القواعد الموضــوعية متضــمّنةً نصــوصــاً يؤدّي إعمالها وتطبيقها إلى مخالفة للنظام العام، الداخلي إذا كانت العلاقة داخلية، أو مخالفة النظام العام الدولي، إذا كانت العلاقة دولية، يؤدي ذلك إلى بطلان التصرّف المُنشئ لعلاقة الطرفين(1).

ولقد ضمن القانون المدني الأردني أحكاماً بعدم جواز تطبق القانون الأجنبي إذا كان مخالفاً للنظام العام، فلقد جاء في المادة (29) منه بأنّه (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصــوص الســابقة، إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام، أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية)(2).

ولقد حرصــت مختلف التشــريعات على تضــمين فكرة النظام العام في قوانينها المختلفة، فالمادة (130) من القانون المدني العراقي أوجبت أن يكون محلُّ الالتزام غيرَ ممنوعٍ قانونياً، ولا مخالفاً للنظام العام، وكذلك المادة (132) مدني عراقي بضرورة التقيّد بالنظام العام(3).

ويرى الباحث أنَّ قواعد النظام العام تتعلّق بماهيّة الدولة وسلطانها وسيادتها، وبالتالي يجب على الأطراف المتعاقدة الالتزام بهذه القواعد، وعدم الخروج عنها، وإلّا عُــدَّ عملُها هذا مشوباً بعيبِ مخالفةِ النظام العام، ممّا يؤدّي إلى بطلان ما لقواعد النظام العام من قدســية، تمثّل هيبة الدولة والنظام الاجتماعي وسلطانهما.

---

(1) الرفاعي، اشــرف عبد العليم (2203)، **القانون الواجب التطبيق على موضــوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة فقهية قضائية مقارنة)**، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص88.

(2) القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة (1976).

(3) القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951).

المطلب الثاني

صلاحيّة هيئة التحكيم في اختيار القواعد الموضوعية

التي تحكم النزاع والقيود الواردة عليها

تمتلكُ هيئةُ التحكيم المكلّفة بالفصل بالنزاع صلاحية تطبيق القواعد الموضوعية التي تراها مناسبة وأكثر ملائمة، وذلك في حالة عدم وجود اتفاق بين طرفي التحكيم(1)، هذا إذا لم يتمّ تخويل هيئة التحكيم وتفويضها بالصلح، وبالتالي يجوز لها أن تفصل بالنزاع مطبّقة قواعد العدالة والإنصاف، ودون التقيّد بأحكام القانون(2)، إلّا أنَّ هذه الصلاحية مقيّدة هي الأخرى بتطبيق النظام العام، وإنْ يتعارض قرارها معه، وهذا ما سنبحثه تفصيلاً في هذا المطلب الذي سنقسمه إلى فرعيين: نتناول في الأول صلاحية هيئة التحكيم باختيار القواعد الموضوعية، وفي الفرع الثاني سنتناول النظام العام كقيد على صلاحية هيئة التحكيم في اختيار القواعد الموضوعية، وعلى النحو التالي:

الفرع الأول: صلاحية هيئة التحكيم في اختيار القواعد الموضوعية

لقد أوضحنا في المطلب السابق أنَّ المُحكّم يلتزم بتطبيق ما اتفقت عليه الأطراف من اختيار القواعد الموضوعية التي تحكم النزاع؛ احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة الذي يتمتع به طرفا العقد، الذي هو الأساس في العملية التحكيمية برُمّتها، إلّا أن توجد حالات نظّمها القانون، يغيب فيها هذا الاختيار، أي أنَّ طرفي التحكيم لم يتفقا على قواعد قانونية معينة تفصل في النزاع، ويرى الباحث أنَّ سببَ عدم الاختيار هذا لا يخرج عن أمرين هما:

---

(1) المادة (2/39) من قانون التحكيم المصري الجديد.رقم (27) لسنة (1994).

(2) الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشه، المرجع السابق، ص 266.

- إهمال أطراف النزاع لهذا الجانب، وهذا الأمر يكون قليلَ الوقوع في العلاقات الدولية الخاصـــــة، فالمتعاقدون في هذا المجال يكونون في الغالب من العارفين بمتطلبات التحكيم وخصائصه، ومن أهمّها وجوب تحديد القانون الواجب التطبيق في النزاعات التي تُحال على التحكيم.
- تفضيل طرفي النزاع بعدم التطرّق لهذا الموضوع، وعدم توصّلهم إلى اتفاق بشأنه، وتركه إلى هيئات التحكيم مع علمهم، بأنّها المختصّـــة في اختيار القواعد الموضـــوعية في حالة عدم اختيارها من قبل الأطراف المتنازعة، وهذا ما أيّدته أغلب القوانين في العالم، كذلك اتفاقيات التحكيم الدولية[1].

إنَّ غياب الاختيار هذا يفتح المجال للمُحكّم لتفعيل ســــلطاته التي نظّمها القانون له، بأن يقوم (المُحكّم) باختيار القواعد القانونية المطبّقة على النزاع، وذلك بســـبب أنّه لم يعيّن طرفا النزاع المعروض على التحكيم القانون الذي يحكم نزاعهم بشكل صريح أو ضمني، فإنّه يقع على عاتق المُحكّم التصدي لهذه المشكلة، ويرى الباحث أنَّ هذه الصلاحية الممنوحة لهيئة التحكيم تُعَدُّ إحدى أهمّ الفروق بين دور المُحكّم والقاضي العادي، فالأول غير محكوم بقانون معين، وله تطبيق القانون الأكثر ملائمة على النزاع، أمّا الثاني فهو محكوم بقانون الدولة الذي يمثّل السلطة القضائية فيها، يستطيع فصل في حال ذهب لقانون لا يتعاررض.

إنَّ المشرّع الأردني كغيره من التشريعات المقارنة[2]، فلقد نصّت المادة (36/ب) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لســـنة (2001) على أنّه: (إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية

---

(1) من ذلك ما نصـــت عليه المادة (7ف1) من الاتفاقية الأوروبية لعام (1961) على أنه في حالة عدم تحديد القانون الواجب التطبيق فأن على المحكمة أن تطبق قواعد التنازع التي تراها ملائمة بهذا الخصوص.

(2) المادة (2/39) من قانون التحكيم التجاري المصري الجديد رقم (27) لسنة (1994).

واجبة التطبيق على موضــوع النزاع طبّقت هيئة التحكيم القواعد الموضــوعية في القانون الذي ترى أنّه الأكثر اتصالاً بالنزاع).

إنَّ المشــرّع الأردني قد منح هيئة التحكيم ســلطة تقديرية في اختيار القواعد الموضــوعية الواجبة التطبيق على النزاع، وذلك من خلال وارد النص بأن أعطاها الحقّ في اختيار القواعد الموضوعية الأكثر ملائمة واتصالاً بالنزاع، وقد أضاف في إعطائها هذه السلطة التقديرية بأن جعل هذا الاختيار مع مراعاة العادات والتقاليد المتبعة في نفس النوع من النزاعات، عندما وضــع نصّــاً تكامليّاً مع الفقرة (ب) من نفس المادة، وهو ما جاء في المادة (36/ج) من نفس القانون على أنّه: (في جميع الأحوال يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد موضــوع النزاع، وتأخذ في الاعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة، وما جرى عليه التعامل بين الطرفين).

أمّا على صـــــعيد قانون المرافعات العراقي الذي نظّم التحكيم، فلم يتعرّض المشـــرّع لهذه الجزئية، فلا يوجد نصّ بهذا الشأن، وبالتالي يصــار إلى العودة إلى المبادئ العامة للقانون، ونص المادة (25) التي سبقت الإشارة إليها من القانون المدني العراقي.

الفرع الثاني: القيود الواردة على صلاحية هيئة التحكيم في اختيار القواعد الموضوعية

تختلف ســلطة المُحكّم في اختيار القواعد الموضـــوعية المطبّقة على النزاع عن تلك التي يتمتع بها طرفا النزاع، وبالتالي يترتّب على هذا الاختلاف نوعان من القيود أو الحدود التي يجب أن يراعيها المُحكّم أثناء اختياره لتلك القواعد[1].

---

(1) الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشه، المرجع السابق، ص274.

وسنحاول في هذا الفرع من المطلب تناول تلك القيود على الشكل الآتي:

أولاً: انعدام الاختيار في العلاقات الوطنية

تنعدم تعدّدية الاختيار لدى المُحكّم إذا كانت العلاقة محلّ النزاع علاقة وطنية بكافة عناصـرها من حيث جنسـية الأطراف، وهو مكان إبرام العقد، وأيضـا هو مكان تنفيذه، وهو كذلك المكان الذي وقع فيه الفعل الضـارّ محلّ النزاع، وبالتالي لا يسـتطيع المُحكّم اختيار قانون أجنبي ليحكم النزاع؛ بسـبب أنَّ العلاقة لا تثير تنازعاً للقوانين، وذلك بسـبب عدم اتصـالها بقانون أجنبي، فيتحتّم عندئذ على المُحكّم أن يطبّق قواعد القانون الوطني[1].

إنَّ المشـرّع وإنْ كان منح المُحكّم سـلطةً تقديرية لاختيار القواعد الموضـوعية الملائمة لتطبيقها على النزاع[2]، إلّا أنّه في نفس الوقت لا يستطيع المُحكّم اختيار قانون أجنبي للعلاقة التي لا تُثير تنازعاً للقوانين، وغير متصـلة بقانون غير القانون الوطني، على عكس ما إذا كانت العلاقة دولية، فهنا يبرزُ دور المُحكّم الذي يكون دوره مطلوباً ورئيسياً عند عدم اختيار القواعد الموضـوعية لطرفي النزاع، وكانت العلاقة دولية، فللمُحكّم عندئذٍ اختيار أي قواعد موضـوعية متصـلة بالنزاع على نحوٍ ما، من القواعد الدولية المعمول بها في مجال التجارة الدولية[3].

ثانياً: عدم مخالفة قرار التحكيم للنظام العام

عندما تطبّق هيئةُ التحكيم القواعدَ الموضـوعية التي تراها واجبة التطبيق، فيجب عليها عند عمل هذه القواعد، والوصـول إلى قرارات تحكيمية للفصـل بالنزاع المقدّم إليها أن تراعي عدم

---

(1) محي، حسـام عبد اللطيف (2007)، **دور المُحكّم في إجراءات التحكيم الداخلي – دراسـة مقارنة**، رسـالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد، ص68.

(2) الرفاعي، اشرف عبد العليم ، مرجع سابق، ص15.

(3) الجمال، مصطفى وعبد العال ، عكاشه، مرجع سابق، ص 274.

مخالفتها للنظام العام، وإلّا وقعت قراراتها تحت طائلة البطلان[1]، حيث تستطيع المحكمة المختصة عند النظر بالدعوى ببطلان حكم التحكيم دون الحاجة إلى أن تكون هنالك دعوة مرفوعة أمامها، بل أن تقوم بذلك من تلقاء نفسها.

ولقد نصّ المشــرّع الأردني في قانون التحكيم الأردني رقم (31) لســنة (2001) في المادة (49/17/ب): (تقضي المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم فيما تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة أو إذا وجدت أنَّ موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها) .

وكذلك نظّم المشــرّع العراقي هذه الحالة في المادة (273) من قانون المرافعات المدنية رقم (38) لسنة (1969) حيث جاء فيها[2]:

يجوز للخصوم عندما يُطرَح قرار المُحكّمين على المحكمة المختصة أن يتمسّكوا ببطلانه، وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تبطله في الأحوال الآتية:

1- إذا كان قد صــدر بغية بيّنة تحريرية، أو بناءً على اتفاق باطل، أو إذا كان القرار قد خرج عن حدود الاتفاق.

2- إذا خالف القرارُ قاعدةً من قواعد النظام العام أو الآداب، أو قاعدةً من قواعد التحكيم المبيّنة في هذا القانون.

3- إذا تحقّق سببٌ من الأسباب التي يجوز من أجلها إعادة المحاكمة.

4- إذا وقع خطأ جوهري في القرار، أو في الإجراءات التي تؤثر في صحة القرار.

المبحث الثاني

---

(1) القشطيني، سعدون ناجي (1972)، **شرح أحكام المرافعات**، ط1، ج1، مطبعة المعارف، القاهرة، ص437.

(2) منديل، أسعد، مرجع سابق، ص165.

القواعد الإجرائية في منازعات التحكيم

تحظى إجراءات التحكيم بأهمية خاصـة فهي تحدد مسـار العملية التحكيمية برمتها ويتوقف عليها صـحة أو بطلان قرار التحكيم، والتي تنتهي بالضـرورة إلى صـدور حكم التحكيم[1]، حيث تُعتبَرُ الركيزة الأساسية للتحكيم، ويُعتبَرُ نُضـجُ وتطوّرُ إجراءات التحكيم دليلاً على سرعة إصدار قرار التحكيم، وإنَّ دقَّتها تؤسس إلى إصدار قرار تحكيمي صحيح، ويُعَدُّ مؤشراً على نضج وكفاية أيّ تشريع سواءٌ كان وطنياً أو يتعلّق بمركز أو بمؤسسة تحكيمية، ولقد نصّت أغلب التشريعات المقارنة على بطلان قرار التحكيم إذا كان يشوبه عيب في الإجراءات[2].

وكما سـبق أن بيّنّا أنَّ التحكيم ذو طبيعة اتفاقية، فهو يعتمد على طرفي النزاع باعتباره قضـاءً اتفاقياً يلجأ إليه أطراف النزاع بمحض إرادتهم لحلّ خلافهم، لذلك يقوم طرفا النزاع باختيار القواعد الإجرائية التي سـوف تطبق عليه، ولكن يجب الأخذ بعين الاعتبار أنَّ الحرية في اختيار القواعد الإجرائية ليسـت مطلقة، فهي تحدُّها حدود، وتقيّدُها قيود قانونية نصّـت عليها أغلب التشريعات المقارنة.

ونودُّ أن نؤكّد أنَّ إرادة الأطراف قد تتخلّف أو يشـوبها القصـور، ومن هنا كان لا بُدَّ من معرفة دور هيئة التحكيم في تحديد القواعد الإجرائية لمنازعة التحكيم المنظورة أمامها، وكذلك معرفة ما هي الحدود أو القيود التي يجبُ أن تقف عندها هيئة التحكيم عند تصدّيها لهذا الموضوع.

---

(1) الرفاعي، اشـرف عبد العليم،(2003)، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ،ص1.

(2) المادة (25) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة (1994) لمسألة تحديد الإجراءات الواجبة الإتباع أمام هيئة التحكيم بقولها: "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها".

ولبيان هذا كلّه سوف يتمُّ تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: نتناول في الأول إرادة الأطراف في تحديد القواعد الإجرائية والقيود الواردة عليها، وفي الثاني سنتناول دور هيئة التحكيم في تحديد القواعد الإجرائية وحدودها.

المطلب الأول

إرادة الأطراف في تحديد إجراءات التحكيم وحدود هذه الإرادة

إنَّ المتعاملين بالتحكيم يقومون بصياغة القواعد الإجرائية، وذلك رغبةً منهم في التخلّص من قواعد الإجراءات التي تطبّقها المحاكم العادية التي تتّسم في كثير من الأحيان بالشكليّة والتعقيد الذي لا يتناسب مع المعاملات التي يخضع لها التحكيم ذات الطابع الخاص.

سنتناول في هذا المطلب دور طرفي التحكيم في تحديد القواعد الإجرائية، وتبيين حدود هذا الدور في التشريعين الأردني والعراقي، من خلال فرعيين على النحو الآتي:

الفرع الأول: دور طرفي النزاع في تحديد إجراءات التحكيم

إنَّ الطبيعة الخاصة للتحكيم والمتمثلة بكونه تصرّفاً رضائياً تتيح لأطراف النزاع حريةً أكبر في اختيار الطريقة التي تسير بها الإجراءات، وأوقات عقد الجلسات، وهذه الحرية لا تتوفّر لدى المتنازعين أمام القضاء العادي(1).

---

(1) نصت المادة (29) من برتوكول جنيف لعام (1923) على ما يلي (إنّ أصول التحكيم بما في ذلك تأليف محكمة التحكيم تكون تابعة لإرادة الطرفين ولقانون البلد الذي يجري التحكيم على أراضيه).

وبغض النظر ســواء أكان التحكيم مؤســســياً أم حراً، ففي كلا النوعين يكون هناك اتفاق تحكيم يُحال النزاع على أســاســه إلى هيئة تحكيم مختصــة، حيث يتضــمّن هذا الاتفاق القانون الإجرائي واجب التطبيق على إجراءات الدعوى التحكيمية[1].

ولقد اســتقرّت أغلب التشــريعات على إعطاء حرية اختيار القواعد التحكيمية إلى طرفي التحكيم ومنها القانون الأردني، فقد نصّـت المادة (24) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسـنة (2001) على (لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقّهما في إخضـاع هذه الإجراءات للقواعد المتبعة في أي مؤسسـة أو مركز تحكيم في المملكة أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة وذلك مع مراعاة أحكام هذا القانون). كما نصت المادة (265) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم(83) لسنة (1969) على (١- يجب على المُحكّمين اتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات إلّا إذا تضمّن الاتفاق على التحكيم أو أيّ اتفاق لاحق عليه إعفاء المُحكّمين منها صراحة، أو وضع إجراءات معينة يسير عليها المُحكّمون).

ولقد أكّد القانون المدني العراقي في المادة (25ف1) على نفس المعنى الوارد في المادة السابقة الذكر، بشأن إعمال إرادة المتعاقدين على العقد، حيث بيّن ما يلي (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المَوْطِنُ المشــترك للمتعاقدين إذا اتّحدوا موطناً، فإذا اختلفا يســري قانون الدولة التي تمَّ فيها العقد هذا، ما لم يتّفق المتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أنَّ قانوناً آخر يُراد تطبيقه)، وعلى صــعيد الاتفاقيات الدولية فإنَّ الاتجاه الغالب هو إعطاء الأولوية للقانون

---

(1) المادة (5) من قانون التحكيم الأردني رقم (1) لسـنة (2003) التي ورد فيها (في الأحوال التي يجيز فيها هذا القانون لطرفي التحكيم اختيار الإجراء الواجب الاتباع في مسالة معينة فإن ذلك يتضمّن حقّهما في الإذن للغير في اختيار هذا الإجراء، ويُعتبر من الغير كل مؤسسة أو مركز للتحكيم في المملكة أو في خارجها).

الذي تختاره الأطراف، ومن ثم يأتي مكان إجراء التحكيم في الدرجة الثانية، فالمادة (2) من برتوكول جنيف لعام (1923) أعطت الأولوية للقانون الذي تختاره الأطراف، وقد سارت على هذا النهج كلٌّ من اتفاقية نيويورك لعام (1958) والاتفاقية الأوروبية لعام (1961).

وما نودُّ التنويه إليه بهذا الصدد أنّه وبالرغم من هيمنة مبدأ سلطان الإرادة على نظام التحكيم، إلّا أنَّ دور إرادة الأطراف في وضع صياغة اتفاقية لإجراءات التحكيم، يقتصر على الأمور الجوهرية ولا يتطرّق للتفاصيل، وذلك للسببين التاليين[1]:

- أنَّ أطراف النزاع لا يمكن لها معرفة جميع المسائل الإجرائية التي يمكن أن تثار بسبب النزاع، وتوقعها بشكل مفصل ودقيق.
- أنَّ أطراف النزاع قد لا يلجؤون إلى هذا الأسلوب خوفاً من تعارض مثل هذه الصياغة مع النظام العام في البلد الذي سيتمُّ فيه تنفيذ قرار التحكيم[2].

الفرع الثاني: حدود إرادة الأطراف في تحديد إجراءات التحكيم

سبق أن بيّنّا أنَّ من المميزات التي يحصل عليها الذين يلجؤون إلى التحكيم كأسلوبٍ لحلِّ خلافاتهم، هو أنّهم يختارون قواعدهم الإجرائية بمحضِ إرادتهم، وخضوع اتفاقهم إلى سلطان الإرادة، إلّا أنَّ هناك قيوداً وشروطاً على طرفي النزاع مراعاتها عند العمل على تحديد الإجراءات التي سوف تُتَّبَعُ في التحكيم سواء كان من خلال شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم[3].

---

(1) علي صادق، هشام (1976)، **تنازع الاختصاص القضائي الدولي**، ط2، دار المعارف للنشر والتوزيع القاهرة، القاهرة، ص154.

(2) رضوان أبو زيد، مرجع سابق، ص94.

(3) شرط التحكيم هو أن يتمّ إضافة شرط اللجوء إلى التحكيم في حالة نشوب أي نزاع بين طرفي العقد، وذلك في العقد نفسه وقبل نشوب النزاع، أما مشارطة التحكيم فهو أن يتمَّ اللجوء الاتفاق باللجوء إلى التحكيم بعد وقوع النزاع وألّا يكون موجوداً في العقد ابتداء، انظر في ذلك شعبان، فراس كريم(2010)، حدود سلطة المُحكّم وَفْقاً للعدالة، **مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية**، السنة الثانية، العدد1، ص16.

وسوف نتناول بإيجاز هذه الحدود والشروط على النحو الآتي:

أولاً: الكتابة كشرط لتحديد الإجراءات

تُعتبَرُ الكتابة من الإجراءات الجوهرية التي على طرفي التحكيم الالتزام بها عند العمل على تحديد الإجراءات التي سـيتمُّ العملُ بها في التحكيم، التي اعتمدت كشـرط في العديد من القوانين الدولية المنظّمة للتحكيم[1].

إنَّ اتفاق التحكيم، يتعيّن أن يكون مكتوباً تحت طائلة البطلان، خصـوصـاً إذ اتجهت إرادة المشرّع صراحة إلى اعتبار الكتابة ركناً لقيام اتفاق التحكيم، وليست مجرد وسيلة لإثباته، ولمّا كانت الكتابة تُعَدُّ ركناً شكليّاً في الاتفاق على التحكيم، فإنَّ البطلان الناشئ عن تخلفها يُعَدُّ بطلاناً لاتفاق التحكيم برُمّته، ولقد دأبت التشريعات المقارنة على تضمين قوانينها شرط الكتابة[2].

وأكّد المشـرع الأردني على شـرط الكتابة في قانون التحكيم رقم (31) لسـنة (2001) حيث جاء في نص المادة (10/أ) على أنّه (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، وإلّا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضـمّنه مستند وقعه الطرفان، أو إذا تضـمّنه ما تبادله الطرفان من رسـائل أو برقيات، أو عن طريق الفاكس أو التلكس أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة التي تُعَدُّ بمثابة سجل للاتفاق).

ونلمس ممّا تقدّم أنَّ المشـرّع الأردني كان مَرِناً في إثبات التحكيم من خلال صـياغة المادة السـابقة، وبالتالي يمكن أن يردَّ اتفاق التحكيم في شـكل وثيقة موقّعة من الأطراف، أو في رسـائل

---

(1) المادة (2/7) من القانون النموذجي(اليونسـترال) الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة سـنة 1985، وهو احد اهمم المصادر الرئيسية ومنها القانون الأردني والمصري، والمادة (2) من اتفاقية نيويورك لسنة (1958)،

(2) نص المادة 12 من القانون المصري رقم: 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية، على ما يلي:" يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا و إلا كان باطلا".

متبادلة، أو اتصـال بالتلكس، أو برقيات، أو أيّة وسـيلة أخرى من وسـائل الاتصـال، إلى جانب أنّه يمكن أن يردَّ من خلال تبادل مذكرات الطلب أو الدفاع التي يدّعي فيها أحدُ الطرفين بوجود اتفاق تحكيم.

أمّا قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ الذي نظّم التحكيم، فقد اعتبر أنَّ الكتابة شـــرط للإثبات، ولا تُعَدُّ ركناً من أركان اتفاق التحكيم، وهذا ما أكّدته المادة (252)، حيث جاء فيها(لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلّا بالكتابة)، وبهذا فإنَّ تخلُّفَ هذا الشـــرط يوجب البطلان لاســـتحالة إثبات وجود اتفاق التحكيم بدونه، وبهذا فإنّه يُعتبر قيداً على الإجراءات المتبعة من قبل طرفي العقد، وشـــرطا شـــكلياً لا بُدّ من توفره، وهذا ما قضـــت به محكمة التمييز العراقية بما يلي (إنَّ التحكيم في القانون نوع واحد حسب المادة (252) مرافعات، وإنَّ الشرط الوحيد لوجوده وترتيب أثره هو أن يكون ثابتا بالكتابة حسب المادة (252) المعدّلة من قانون المرافعات[1].

ثانياً: النظام العام كقيد لاختيار إجراءات التحكيم

لعلّ من الأمور القليلة التي تمَّ الاتفاق بشأنها فقهاً وقضـاءً وتشريعاً، هي أنّه لا يجوز تنفيذ حكم مخالف للنظام العام، وبالرغم من هذا الإجماع فإنَّ فكرة النظام العام هي من أكثر المفاهيم المختلف في تحديد ماهيتها، إنَّ مفهوم النظام العام يلعب دوراً هامّاً في الحفاظ على مصـالح جميع الأطراف، سـواءٌ كانت هذه الأطراف تجمعها علاقة داخلية أو من خلال مجتمع التجارة الدولية، هو ما يعطي ســـمواً للنظام العام حتى على إرادة الأطراف، وبالتالي فإنَّ على الأطراف عند اختيارها

---

(1) رقم القرار (363) تاريخ القرار 1975/2/5، مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الأول من السنة 6 لسنة 1975، ص157.

للإجراءات التي تحكم التحكيم عدم مخالفتها للنظام العام، إذ إنَّ اختيار القواعد الإجرائية يســـهم بشكل كبير في تعقيد أو تيسير العلاقة التحكيمية[1].

ومرة أخرى نشـــير إلى ما ورد في المادة (7/49/ب) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لســنة (2001)، إلى بطلان حكم التحكيم بشــكل عام إذا ما ورد فيه ما يخالف النظام العام، حيث جاء في نص المادة على أنّه (ب- تقضــي المحكمة المختصــة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفســها ببطلان حكم التحكيم في ما تضــمّن ما يخالف النظام العام في المملكة أو إذا وجدت أنَّ موضــوعَ النزاع من المســائل التي لا يجوز التحكيم فيها)، علما أنَّ النصَّ قد جاء عاماً، فكلُّ ما يخالف النظام العام يُعتبَرُ باطلا.

وكذلك ومن خلال مدلول المادة (24) من قانون التحكيم الأردني التي ورد فيها (... وذلك مع مراعاة أحكام هذا القانون)، أي يجب أن يكون اختيار القواعد بشــكل عام منطبقاً مع المبادئ الأساسية للدعوى، التي بالضرورة عدم مخالفتها للنظام العام[2].

أمّا في القانون العراقي، فلأنّه لم ينظّم قانوناً مســـتقلاً للتحكيم، فإنّه دائما يتمُّ الاســـتنجاد بنصــوص القانون المدني الذي يُعتبَرُ المرجعَ الرئيســـي في تنظيم العلاقات القانونية بين الأطراف، وبهذا فلقد وردت النصوص المنظّمة لمخالفة النظام العام في العديد من مواد القانون[3].

---

(1) الرفاعي، اشـــرف عبد العليم (2003)، **النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي**، دار الفكر الجامعي، بدون طبعة، الإسكندرية، ص2.

(2) انظر قانون التحكيم الأردني رقم (19 لسنة (2003).

(3) المادة (32) من القانون المدني العراقي التي نصـــت على ما يلي (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصــوص الســابقة إذا كانت هذه النصــوص مخالفة للناظم العام والآداب في العراق)، كذلك نصـــت المادة (142/ف/1) على انه(يكون العقد باطلا إذا التزم المتعاقدان من دون سـبب أو لسـبب ممنوع قانوناً أو مخالفاً للنظام العام والآداب).

المطلب الثاني

سلطات هيئة التحكيم في اختيار القواعد الإجرائية وحدودها

الأصــل أنَّ القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم هو قانون الإرادة، فالأطراف عندما يتفقون على إحالـة نزاعهم للتحكيم، يتفقون على قانون معين يحكم الإجراءات التي يتمُّ بموجبها النظر في النزاع، والسير في إجراءات المرافعة والإجراءات الأخرى الخاصة بالعملية التحكيمية(1).

الأصـــــل أن يتمَّ اختيار القواعد الإجرائية لتحكم ســـــير المنازعة، وذلك من خلال اتفاق الأطراف، ولكن لسببٍ ما قد يتمّ السكوت عن هذا الموضـوع وعدم التطرق إليهم، فقد نظّمت أغلب القوانين أن يكون مكان إبرام العقد هو القانون الذي تُطبَّقُ إجراءاته على العقد(2).

وقد يحصـل أنّه في حالة سكوت طرفي التحكيم عن اختيار القواعد الإجرائية، أن يتمَّ إحالة تحديد هذه القواعد إلى هيئة التحكيم، بموجب نصٍّ خاص، وسـنقوم من خلال هذا المطلب بالتعرّف على ســـلطات هيئة التحكيم في اختيار القواعد الإجرائية، وحدود هذه الســـلطات من خلال فرعين وعلى الشكل الآتي:

---

(1) سامي، محمد فوزي (2010)، **التحكيم التجاري الدولي**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص163.

(2) المادة (3) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسـنة (2001) والتي نصـت على ما يلي:(تسـري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف من أشـــخاص القانون العام أو القانون الخاص أيّاً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية كانت أو غير عقدية).

الفرع الأول: دور هيئة التحكيم في اختيار القواعد الإجرائية

لقد نظّمت أغلب التشــريعات[1]، حالة عدم اتفاق أطراف الخصـــومة على القانون الواجب تطبيقه على المســـائل الإجرائية، ففي هذه الحالة يقوم المُحكّم أو هيئة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق، والمُحكّم هنا يتمتّع بما يتمتّع به أطراف الخصـــومة من إمكانيات وحرية بشـــأن وضع القواعد الإجرائية، وله أن يعتمد النظام الإجرائي في مركز تحكيم، أو الأخذ بالقانون الإجرائي لدولة معينة[2].

ولقد نصّــت المادة (24) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لســنة (2001) هذه الحالة حيث جاء فيها: (.... لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة وذلك مع مراعاة أحكام هذا القانون) .

هذا ولم نجد في متن قانون المرافعات العراقي النافذ ما يشير إلى سلطة المُحكّم في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات؛ لأنّه كما بيّنّا في أكثر من موضـع لم تُنظّم أحكام التحكيم التجاري الدولي، وإنما نظّم أحكام التحكيم الداخلي، بينما مشـــروع قانون التحكيم التجاري الدولي العراقي أشـــار إلى ذلك، إذ نصّـــت المادة (21) على أنّه (لطرفي التحكيم الاتفاق على تحديد الإجراءات التي يتعيّن على هيئة التحكيم اتباعها خلال ســـير التحكيم، فإذا لم يتّفقا تولّت الهيئة تحديدها).

---

(1) المادة (25) من قانون التحكيم المصـــري (.... فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة، وذلك مع مراعاة أحكام هذا القانون).

(2) زيدان، مثنى هاشم (2013)، حكم التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، مجلة التشريع والقضاء، السنة الخامسة، العدد الأول، كانون الثاني، ص169.

علما أنَّ هذه السلطة للمُحكّم في اختيار القواعد الإجرائية لا يمكن أن نجدها لدى القاضي الوطني في المحاكم العادية، إذ إنَّ الأخير يكون ملزماً بتطبيق قانون الإجراءات في البلد الذي يمارس فيه سلطاته القضائية(1).

الفرع الثاني: النظام العام كقيد على سلطة هيئة التحكيم في اختيار القواعد الإجرائية

إنَّ سلطة المُحكّم في تحديد القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق على النزاع مقيدة باتّباع ومراعاة القواعد الواردة في قانون التحكيم، ومراعاة النظام العام، ثم متى ما كان القانون الذي اختاره المُحكّم، فيه مخالفة للنظام العام، أو يهدر حقّاً من حقوق الدفاع، فإنّه يكون عرضة للبطلان(2).

ولقد نصّ المشرّع الأردني في قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة (2001) في المادة (17/49/ب): (تقضي المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم في ما تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة أو إذا وجدت أنَّ موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها).

ونصَّت المادة (2/273) من قانون المرافعات العراقي على أنّه (إذا خالف القرار قاعدة من قواعد النظام العام أو الآداب أو قاعدة من قواعد التحكيم المبينة في هذا القانون).

كما نصَّت المادة (2/265) من قانون المرافعات العراقي (٢- إذا كان المُحكّمون مفوّضين بالصلح يُعفَوْن من التقييد بإجراءات المرافعات وقواعد القانون إلّا ما تعلّق منها بالنظام العام).

---

(1) سامي، محمد فوزي، المرجع السابق، ص166، الرفاعي، أشرف عبد العليم، القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، مرجع سابق، ص6.

(2) المادة (53) من قانون التحكيم المصري، والمادة (1484) من قانون المرافعات الفرنسي.

وما نود أن نشير إليه أيضاً بهذا الصدد أنَّ حرية المُحكّمين بالنسبة للإجراءات مشروطة أيضاً بوجوب احترام حقوق الدفاع[1]، وتعتبر حقوق الدفاع من النظام العام أيضاً، التي لا يمكن مخالفتها بأيِّ شكلٍ من الأشكال، وإنَّ الإجراءات المتبعة في خصومة التحكيم تُعتبَرُ إلى حدٍّ كبير شبيهة بتلك الإجراءات المستخدمة في المحاكم العادية، ويكون حكم المُحكّم في الغالب هو الآخر شبيها بالحكم القضائي[2].

(1) المادة (1/15) من قواعد اليونسترال، المرجع السابق.

(2) أبو احمد، علاء محي الدين مصطفى (2008)، **التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية**، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص41.

الفصل الرابع

نطاق القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم

لا بُدّ من التأكيد على أنّ موضـــوع تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع يُعَدُّ من أهمّ وأدقّ المواضـــيع المتعلقة بالفصـــل في النزاع التحكيمي، ويتنازع في تحديد القانون الواجب التطبيق اتجاهان اثنان: أحدهما تطبيق قانون مقرّ التحكيم، حيث تُعرَضُ المسألة برُمّتها على هيئة التحكيم، والآخر هو تطبيق قانون الإرادة[1].

وتعترف أغلب الاتجاهات الفقهية والقضـــــائية أنَّ لأطراف النزاع حريةً كاملة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من قبل محكمة التحكيم؛ بمعنى أنّها تفصل في النزاع، وَفْقَ القواعد القانونية التي يتفق طرفا النزاع على تطبيقها، وذلك احتراماً لحرية الإرادة باعتبارها أحدَ المبادئ الأساسية التي تحكم القانون الواجب التطبيق[2].

أمّا في الحالة التي لا يتفق فيها الأطراف على قانون معين، فإنَّ محكمة التحكيم تُطبِّقُ قواعد القانون الداخلي للدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، بما في ذلك قواعد تنازع القوانين فيها، بالإضـــافة إلى قواعد القانون الدولي القابلة للتطبيق على النزاع، وفيما يتعلّق بتطبيق هذه الأخيرة، وعند غياب اتفاق الأطراف على قانون معين يكون دور هيئة التحكيم الوقوف على القانون الواجب

---

(1) عبد العال، عكاشة ، المرجع السابق، ص304

(2) خالد، هشـــام (2007)، **جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي (مزاياه – أمراضـــه)**، كلية الحقوق جامعة طنطا، منشأه المعارف الإسكندرية، ص8.

التطبيق[1]، خصـــوصـــاً فيما يتعلّق بالقانون الواجب التطبيق على الإجراءات، وما يهمّنا في هذا البحث هو النزاع المعروض على هيئة التحكيم ووسائلها في حسم هذا النزاع، وكذلك إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق لحسم النزاع لذلك وهذا يقتضـي أن يكون هذا العقد صـحيحاً، وأن يكون له مقومات أي عقد آخر، وسنقتصر في بحثنا في هذا الفصل على تسليط الضوء على دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في مبحث أول، وكذلك دور المُحكّم في الوقوف على القانون الواجب التطبيق في مبحث ثانٍ.

(1) يقصد بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو: (هو ذلك القانون الذي على ضوءه يتم حسم النزاع المثار أمام هيئة التحكيم)، الجارحي عامر،(بدون ســـنة طبع)، الوجيز في شـــرح أحكام الدعوى التحكيمية للمنازعات المدنية والتجارية، الجامعة العمالية – كفر الشيخ – مصر، ص99.

المبحث الأول

حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق

وكما سبق أن بيّن الباحث أنّ التحكيم هو وسيلة اختيارية للأطراف في حل المنازعات التجارية، فإنّه يضمن لهم حلّ منازعاتهم التي نشأت أو التي قد تنشأ بسرعةٍ تتناسب مع متطلبات التطوّر الاقتصادي والتبادل التجاري الدولي، كون المعاملات التجارية تقوم على السرعة والائتمان التجاري، كما يساعد التحكيم على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق والمُحكّمين، والإجراءات الواجب اتباعها، ومكان انعقاد الجلسات، هذا كلّه يساعد الأطراف في اختيار التحكيم كوسيلة بديلة لحلّ المنازعات بعيداً عن القضاء الذي يطول فيه حلّ المنازعات. فالتحكيم له أهميته ومزاياه التي يتمتّع بها، والذي يعمل على إبقاء العلاقات ما بين الأطراف قائمة إلى ما بعد التحكيم.

وبما أنَّ التحكيم له طبيعته الخاصة التي تميّزه عن غيره، إلّا أنّه يُعَدُّ عقداً يتمُّ بموافقة الأطراف المتنازعين، وعليه فإنّ اتفاق التحكيم هو الذي يتضمّن كلّ الأمور التي يتفق عليها الأطراف، من كيفية اختيار المُحكّمين والقانون الواجب التطبيق على عملية التحكيم، الذي من خلاله سيحكم النزاع من بدايته حتى صدور القرار التحكيمي، وممكن أن يكون التعبير عن إرادة المتعاقدين صريحاً، كما أنّه يمكن أن يكون ضمنياً .

المطلب الأول

حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق لموضوع التحكيم

إنَّ اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على عقدهم، سـواء أكان هو قانون الدولة المتعاقدة أم قانوناً آخر، مســتخدمين في ذلك ما أقرّه لهم النظام القانوني الأســاســي من حرية الاختيار، تلك الحرية التي أصبحت مبدأً مستقراً في الفقه وقضاء القانون الدولي، ويُطلَقُ عليه مبدأ سلطان الإرادة.

ويعزى التســليم بهذا المبدأ، إلى أســباب عملية أكثر منها نظرية، إذ تســتجيب فكرة حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يســري على عقدهم، للتعدّد الكبير وللاختلافات في التعاملات العقدية الدولية، ذلك أنّها تســمح للمتعاقدين باختيار القانون الملائم لتحقيق النتيجة التي يرغبا في تحقيقها، وقد يكون التعبير عن الإرادة التي يتمتّع بها الأطراف بشكلٍ صريح، وقد يكون التعبير عن هذه الإرادة بشكل ضمنيّ، وهذا ما سيسعى الباحث إلى مناقشته في الفرعيين التاليين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق

يتمتع المتعاقدان بإمكانية الاتفاق على اختيار القانون الواجب التطبيق بشــكلٍ صــريح لموضــوع العقد، مســتندين بذلك على مبدأ أقرّته أغلب التشــريعات في العالم[1]، وهو مبدأ حرية

---

(1) المادة (21) من القانون المدني الأردني، كذلك المادة (25) من القانون المدني العراقي، كذلك المادة (22) من القانون المدني المصري.

التعاقد، حيث يختار الأطرافُ القانونَ الذي يحقّق مصــالحهم المشـتركة، وأكّدت هذا المبدأَ اتفاقياتُ التحكيم الدولية[1]، وكذلك مؤسسات التحكيم الدولية[2].

ويكون تعيين القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف صــريحاً من خلال النصّ عليه في اتفاق التحكيم، سـواء كان في بنود شـرط التحكيم أم في مشـارطة التحكيم[3]، ويرى الباحث أنَّ أهمَّ المبرّرات والمميزات التي أدّت إلى الأخذ بمبدأ الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق هي:

1- أنَّ الأطراف يختارون أنسـب القوانين لتطبيقه على النزاع، ممّا يسـهّل عملية حسم النزاع من قبل هيئة التحكيم.

2- يُعتبَرُ تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة.

3- يُعتبَرُ حلّاً وسطاً على الصعيد الدولي للتوفيق بين المصالح المتعارضة للأطراف[4].

4- إنّ إقرار حقَّ اختيار القانون الواجب التطبيق يســاعد على تحقيق التوازن في المصـــالح بين الأطراف المتعاقدة[5].

وللتوسّع أكثر حول موقف التشريعين الأردني والعراقي من هذا الموضوع، ينبغي العودة إلى الفصــل الثالث من هذا البحث حول إرادة المتعاقدين في اختيار القواعد الموضــوعية المطبّقة على عقد التحكيم.

---

(1) المادة (1/42) من اتفاقية واشنطن ، والمادة (1/21) من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري، وكذلك المادة(33) من اتفاقية اليونسترال .

(2) المادة (33) من قواعد التوثيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية، والمادة (4/7/أ) من لائحة التحكيم الخاصـــة باللجنة الاقتصادية للأمم المتحدة .

(3) محمد سامي، فوزي، المرجع السابق، ص 186.

(4) الشلقاني ، احمد (1966)، التحكيم التجاري، **مجلة إدارة قضايا الحكومة**، العدد الرابع، ص10.

(5) علم الدين، محي الدين إسماعيل، المرجع السابق، ص300.

ولمعرفة مدى إمكانية اختيار أكثر من قانون لحكم اتفاق التحكيم، لا بُدَّ من الإشارة إلى أنّه يسـود بهذا الخصـوص رأيان: الأول يرى أنَّ اتفاق التحكيم رابطة تتكون من مراحل متعاقبة (تكوين العقد، الآثار التي يرتّبها العقد، زوال وانقضـاء العقد)، ولمّا كان العقد يتضـمّن جميع هذه المراحل، فلا يوجد ما يمنع من إخضـاع كلِّ مرحلةٍ لقانون خاصّ بها، وبالتالي يحقُّ للأطراف المزج بين عدة قوانين تحكم النزاع، طالما كان هنالك اتصالٌ لهذه القوانين بنزاعهم[1].

أمّا الرأي الثاني فيذهب إلى أنّه: وإن كان اتفاق التحكيم يضمُّ العديد من المراحل المتعاقبة، إلّا أنّه لا يمكن الفصل بين هذه المراحل؛ لأنَّ كلّاً منها يعتمد على الآخر[2].

أمّا من حيث نطاق حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، فهنا يجب التفريق بين الآتي:

- وجود صلة مباشرة بين النزاع المُثار والقانون الواجب التطبيق الذي تمَّ اختياره من قبل طرفي النزاع، وأن يكون هذا القانون نافذاً وقتَ اختياره، وهذا يمثّل اتجاهاً معيناً من الفقه[3]، وألّا يكون مخالفاً للنظام العام، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الأردنية، حيث قرّرت على أنّه(..لأنَّ اتفاق الطرفين هو قانونهم، ولأنَّ مثل هذا الاتفاق ليس ممنوعاً في القوانين والأنظمة وغير مخالف للنظام العام)[4].

---

(1) الجارحي، عامر، المرجع السابق، ص104.

(2) عبد الله، عز الدين (1994)، تنازع القوانين في مسـائل التحكيم الدولي، **المجلة القضـائية العربية**، العدد1، السنة 21، ص59.

(3) محي، حسام عبد اللطيف، مرجع سابق، ص34.

(4) تمييز حقوق 68/283 منشور في **مجلة نقابة المحامين الأردنيين**، لسنة 1969، ص965، منشورات مركز عدالة.

- ويرى اتجاه آخر من الفقه، بجواز الاتفاق على تطبيق قانون معين حتى لو لم تكن هنالك صلة بالنزاع، شريطة ألّا يتعارض مع النظام العام، وأن يتوافر فيه حسن النية، وألّا يكون فيه غشّ نحو القانون[1].

ويرى الباحث بضـــرورة أن تكون هنالك صـــلة مع القانون الواجب التطبيق، حتى لو كان هناك حرية لأطراف النزاع في اختيار هذا القانون في ضـوء مبدأ سـلطان الإرادة، وللأطراف حرية الاتفاق على اختيار قواعد معينه لتطبيقها على النزاع، أو اختيار تطبيق قانون دولة معينة يتعيّن على هيئة التحكيم الالتزام بما تمّ اختياره من قبل طرفي العقد.

الفرع الثاني: الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق

مثلما في حالة الاختيار الصـــريح للقانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف المتنازعة، فقد يكون الاختيار ضـمنياً، إلّا أنّ عدم الإفصـاح بشـكل صـريح عن اختيار القانون الواجب التطبيق الذي اختاره الأطراف، لا يؤثّر على القيمة التي يتمتّع بها هذا الاختيار، حتى لو كان ضـــمنياً، ولم يفرّق القانون بين الاختيار الصريح والاختيار الضمني، فكلاهما يؤدي إلى نفس الهدف، وهو معرفة القانون الواجب التطبيق، الذي ذهبت إرادة الأفراد المتخاصـــمة إلى اختياره، وهذا ما يتوافق به مبدأ سلطان الإرادة، ولا يتعارض معه[2].

---

(1) أبو زيد ، رضوان، المرجع السابق، ص69.

(2) الجارحي، عامر، مرجع سابق، ص105.

وهنالك عدد من المؤشـــرات التي تدلّل على الاختيار الضـــمني للأطراف المتنازعة للقانون الواجب التطبيق، يمكن أن نوجزها على الشكل الآتي:

1- من خلال المؤشـــرات العامة، مثل قانون محلّ الإبرام، وقانون محلّ التنفيذ، فمن خلالها يستطيع المُحكّم أو هيئة التحكيم استيضاح الإرادة الضمنية للأطراف المتنازعة في اختيار القانون الواجب التطبيق[1].

2- من خلال المؤشـــرات الخاصـــة، وهي المتعلّقة بقانون محلّ إقامة الأطراف، ومكان التنفيذ، واللغة المســتخدمة في العقد ونوع العملة (النقود)، فجميع هذه المؤشـــرات يســتطيع المُحكّم توضيحها لمعرفة القانون الواجب التطبيق، الذي ذهبت إرادة الأطراف إليه[2].

3- لجوء المتخاصـمين إلى اسـتخدام صـيغة عقد لأحد المؤسـسـات التحكيمية، فهذا يدلّل على الإرادة الضمنية لهما لاختيار قانون البلد الذي توجد فيه المؤسسة التحكيمية ذاتها[3].

4- إنَّ اختيار مُحكّم من دولة ما، يُعَدُّ إشـــارة ضـــمنية، واختياراً ضـــمنياً على رغبة الأطراف المتنازعة في اختيار نظام تنازع القوانين لهذه الدولة لتطبيقه على الخصومة، فلقد درج العرفُ والعادة على أن يلجأ المُحكّم إلى نظام تنازع القوانين في الدولة التي يحمل جنسيتها، أو التي يوجد فيها محل إقامته، وذلك بحجّة أنَّ هذا النظام يكون فيه المُحكّم أكثر إلماماً به من غيره[4].

---

(1) الهداوي، حسن (1972)، **تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص العراقي**، ط2، مطبعة الرافدين، ص221.

(2) حياوي، نبيل عبد الرحمن (2004)، **مبادئ التحكيم**، ط3، المكتبة القانونية، بغداد، ص 124.

(3) الأحدب، عبد الحميد (1990)، التحكيم أحكامه ومصـــادره، الجزء الأول، مفهوم التحكيم وتاريخه، مؤســـســـة نوفل، لبنان، ص19.

(4) حسين أبو زيد ، سراج (2010)، **التحكيم في عقود البترول**، جامعة القاهرة – قسم القانون الخاص، القاهرة، ص132.

ولا بدّ من الإشـــارة إلى أنَّ الاختيار الصـــريح أو الضـــمني للقانون الواجب التطبيق على موضـــوع النزاع من خلال اختيار الأطراف، لا يمنع المُحكّم من أن يقوم في حالات معينة، بإعمال القواعد الآمرة التي يجب أن يتضمّنها أيّ عقد أو ما يسمّى بقواعد البوليس[1].

ويجب التأكيد على أنّه في حالة اختيار الأطراف لتطبيق قانون دولة معينة على هيئة التحكيم، الالتزام بما اتجهت إليه إرادة الأطراف، وعدم استبعاد القانون الواجب التطبيق، وهو قانون الإرادة وتطبيق قانون آخر، فهي بذلك قد تكون جافت القانون، وارتكبت مخالفة جوهرية تكون نتيجتها الطعنَ بالحكم الصادر عنها[2].

أمّا النطاق الموضوعي لتطبيق قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة (2001) فنستطيع أن نتبيّن من خلال نصّ المادة (3) منه، حيث ورد فيها على أنّه (تســري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة، ويتعلّق بنزاعٍ مدني أو تجاري بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص، أيّاً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية كانت أو غير عقدية).

حيث توسّع المشرع الأردني في اعتبار النزاع المدني أو التجاري مشمولاً باتفاق التحكيم، سواء كان هذا النزاع بين أطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص، وسواء كانت العلاقة عقدية أم غير عقدية.

ولم يُبيّن قانونُ المرافعات العراقي نطاقَ تطبيق قانون التحكيم من خلال نصـــــوص مواده التي نظّمت التحكيم، إلّا أنَّ مشـروع قانون التحكيم العراقي الجديد قد نصَّ في المادة (2) منه على أنّه (تُطبَّق أحكام هذا القانون على كلّ تحكيم يكون أطرافه من أشخاص القانون العام أو الخاص،

---

(1) الرفاعي، أشرف ، المرجع السابق، ص 35.

(2) حداد، حمزة أحمد (2010)، **التحكيم في القوانين العربية**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص370.

أو من كليهما دون الالتفات إلى طبيعة العلاقة القانونية محلّ النزاع، فيما إذا كان هذا التحكيم يجري في جمهورية العراق، أو كان تحكيماً تجارياً يجري في الخارج، واتّفق أطرافه على إخضـــاعه لأحكام هذا القانون، على أن يراعي في هذا الشـــأن الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية العراق)، وبهذا فإنَّ قانون التحكيم العراقي الجديد قد جاء متشـــابهاً مع القانون الأردني في تحديد نطاق تطبيق قانون التحكيم.

وأخيراً وبغض النظر عمّا إذا كان التعبير عن إرادة الأطراف صريحاً أم ضمنياً، فلا بُدَّ من أن يلتزم المُحكّم بما ذهبت إليه إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق، وإذا لم يسـتطع المُحكّم أن يتبيّن الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين، حيث إنّهم لم يختاروا قانوناً لتطبيقه على النزاع المعروض على هيئة التحكيم، عندما يتحوّل الموضـــوع برمّته إلى المُحكّم أو هيئة التحكيم للتصـــدّي لموضـــوع اختيار القانون الواجب التطبيق، وهذا ما ســـنتبيّنه في المبحث الثاني من هذا الفصل.

المطلب الثاني

مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق بالنسبة لإجراءات التحكيم

يكتسب موضوع إجراءات التحكيم أهمية كبيرة في العملية التحكيمية، وبوجود مبدأ سلطان الإرادة الذي يتمتّع به أطراف الخصومة التحكيمية، وهذا قد يسهل اختيار الإجراءات التي من خلالها يهتدي المُحكّم للسير قدماً لحسم النزاع بين الأطراف، ويجب التأكيد هنا كما سبق أن أشرنا إلى أنَّ القوانين الإجرائية المختارة التي يخضع لها التحكيم، تختلف باختلاف التعامل والنظرة إليها، فإذا اعتُبِرَ التحكيم تصرّفاً إرادياً فإنَّ القانون الواجب التطبيق هو ما يختاره الأطراف، وأما إذا كان قضائياً فإنّه يخضع لقانون مكان التحكيم.

وللوقوف على المدى الذي يتمتّع بها أطراف العلاقة في اختيار القانون الواجب التطبيق من حيث الإجراءات، سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين: نتناول في الأول إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق لإجراءات التحكيم، وفي الفرع الثاني سوف نبحث أساس خضوع الإجراءات لقانون محلّ التحكيم.

الفرع الأول: دور الأطراف في اختيار الإجراءات للقانون الواجب التطبيق

ويقصد بالإجراءات هنا القانون المطبّق على إجراءات التحكيم، ابتداء من قيام هيئة التحكيم بالنظر في النزاع حتى صدور قرار الفصل فيه وحسم النزاع، ويسعى جميع الأطراف من متعاقدين أو الحكم، أو هيئة تحكيمية دائماً بجعل إجراءات التحكيم أكثر سهولة ووضوحاً ويسراً، وذلك للإسراع بحسم النزاعات والخلافات التي قد تنجم بين المتعاقدين، وتلعبُ إرادةُ المتعاقدين دوراً مهمّاً

في اختيار القوانين الإجرائية الأكثر سهولة لفضّ النزاعات الحاصلة بينهم، وذلك في ضوء الطابع الرضـائي لعقد التحكيم، وذهبت محكمة التمييز الأردنية إلى تبنّي هذه النظرية، ففي قرار لها جاء فيه (الاتفاق على التحكيم عقد يتمّ برضا الطرفين واختيارهما، ويُعَدُّ عقداً صحيحاً...)[1].

كذلك ما قضـت به محكمة تمييز العراق على (أنَّ عقد التحكيم من العقود الرضـائية الملزمة للجانبين، ويرتّب التزاماتٍ متقابلة على كلٍّ من المتعاقدين، هي في ذات الوقت حقوق لكلٍّ منهما)[2].

وانطلاقاً من مبدأ سلطان الإرادة، فقد وجد أطراف النزاع أنفسهم يتمتعون بحريةٍ واسعة، ليس على صعيد اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم فقط، بل حتى على الإجراءات، وهذه ميزة التحكيم على القضاء العادي، ولا بدّ من معرفة أن ليس هناك ما يمنع الأطراف من إسناد كلّ من موضوع التحكيم وإجراءات التحكيم لقانونين منفصلين[3].

وصحيح أنّ لإرادة الخصوم دوراً مهمّاً في اختيار القانون الذي يحكم سير المنازعة، وسواء كان هذا الاختيار صريحاً، أم ضمنياً، إلّا أنَّ الخصوم لا يمكن لهم الإحاطة المسبقة بكلّ العملية الإجرائية التي من خلالها تسير المنازعة من بدايتها حتى نهايتها، خصوصاً أنَّ الصياغة التي يختارها الأطراف قد تصطدم بقواعد البوليس (القواعد الآمرة)، في دولة التنفيذ، التي تتعلّق عادة بالنظام العام[4].

---

(1) تمييز حقوق، رقم 54/132 منشور في مجلة نقابة المحامين لسنة 1954، ص797، منشورات مركز عدالة أردني.

(2) القرار 355 هيئة عامة أولى 1971 الصادر في 1972/5/13 – النشرة القضائية لمحكمة التمييز، العدد الثاني – السنة الثانية – 1972.

(3) عبد العليم، اشرف، المرجع السابق، ص 1.

(4) رضوان، أبو زيد، المرجع السابق، ص 94.

ومن الأمور الإجرائية التي يستطيع الأطراف تنظيمها، أو التي يمكن أن تُشكّل إرادتهم فيها دوراً كبيراً على سبيل المثال لا الحصر هي[1]:

أ- تنظيم قواعد سير المرافعات أمام هيئة التحكيم.

ب-تحديد مكان وميعاد تقديم الأدلة والمستندات.

ج- تنظيم عملية سماع الشهود وندب الخبراء والاستعانة بهم وإجراء التحقيقات.

د- تحديد اللغة التي سيجري بها التحكيم.

علماً أنَّ أطراف العلاقة يستطيعون اختيار القانون الواجب التطبيق حتى أمام هيئات التحكيم الدولية متى أجازت قواعد التحكيم في تلك المؤسسات ذلك[2]، خصوصاً لو علمنا أنَّ قواعد الإجراءات تكون منظمة مسبقاً، وحسب ما تتبعه وتضعه تلك المؤسسات من قواعد إجرائية، كما أنَّ كلَّ مؤسسة من هذه المؤسسات تملك في العادة مجلس أو سكرتارية تقوم بالإشراف على التحكيم في مراحله المختلفة، ويلاحظ مدى التزام الأطراف بتطبيق الإجراءات المنصوص عليها في أنظمة كلّ مؤسسة.

الفرع الثاني: أساس خضوع الإجراءات لقانون مكان إجراء التحكيم

إذا كان خضوع الإجراءات للقانون الذي يختاره الأطراف يتفق مع الطبيعة التعاقدية للتحكيم، فإنَّ خضوعَها لقانون دولة المحكمة أمر لم يتفق بشأنه الفقهاء، فأنصار الطبيعة التعاقدية للتحكيم، يرَوْن أنَّ أساس خضوع الإجراءات لقانون محلّ التحكيم هو نتيجة لقاعدة (أنَّ شكل

---

(1) عبد العليم، اشرف، المرجع السابق، ص3.

(2) المادة(44) من اتفاقية واشنطن لعام (1965).

التصـــرّف يخضـــع لمحلّ إبرامه) أمّا أنصـــار الطبيعة القضـــائية للتحكيم فيرَوْنَ أنّها نتيجة لقاعدة (خضوع الإجراءات لقانون القاضي)[1].

ونستطيع تقييم كلا النظامين من خلال الآتي:

أولاً: مزايا كلّ من النظامين

1- مزايا اختيار أطراف النزاع لقانون الإجراءات:

أ- تســتطيع الأطراف من خلال تطبيق مبدأ ســلطان الإرادة، اختيار القانون المناســب لهم وحسب ما تقتضيه مصلحتهم في ذلك، مبتعدين عن الإجراءات التي قد تفرضها المحاكم، التي من ســمتها الشــكلية والتعقيد، وبالتالي يمنح اختيار الأطراف لقانونهم حريةً أكبر في اختيار الطريقة التي تسير بها إجراءات الدعوى التحكيمية.

ب-إنَّ إعطاء الأولوية للقانون الذي يختاره الأطراف يمثّل الأســـــاس القانوني الحقيقي الذي بنيت عليه العملية التحكيمية، وتطبيق مبدأ الرضـــــائية، وقد نظّمت هذا الأمر أغلب القوانين[2] والاتفاقيات الدولية[3].

ج- ولقد نصّت الاتفاقية الأوربية لعام (1961)، في المادة (2/4) منها على ما يلي (للأطراف تحديد قواعد الإجراءات التي يتعيّن على المُحكّمين اتّباعها).

2- مزايا تطبيق قانون محلّ التحكيم على الإجراءات:

---

(1) حياوي، نبيل عبد الرحمن، المرجع السابق، ص168.

(2) نص المادة (24) من قانون التحكيم الأردني، كذلك نص المادة (25) من قانون التحكيم المصري.

(3) المادة (2) من برتكول جنيف لعام (1923)، حيث نصت على ما يلي (أنّ أصول التحكيم بما في ذلك تأليف محكمة التحكيم تكون تابعة لإرادة الطرفين ولقانون البلد الذي يجري التحكيم على أراضيه).

أ- سـهولة ويسـر سـير العملية التحكيمية برُمّتها، باعتبارها تُقام في مكان واحد وتسـتند إلى النظام القانوني في الدولة التي يُقام فيها التحكيم.

ب-الدراية الكاملة التي يتمتّع بها المُحكّمون في تلك الدولة، وكيفية تطبيق الإجراءات، ومستوى التعاون بين المُحكّمين، والنظام القضائي في دولة التحكيم ممّا يساعد على إتمام العملية التحكيميّة على أكمل وجه.

ثانياً: عيوب كلّ من النظامين

1- عيوب اختيار أطراف الخصومة لقانون الإجراءات:

أ- لا يمكن بمكان أن يسـتطيع أطراف النزاع الإلمام التام بالإجراءات المختلفة للتحكيم حتى ولو كانوا على اطّلاعٍ على جزء كبير منها.

ب-إنَّ مخالفة قواعد النظام العام في دولة التحكيم مبطلة للعملية التحكيمية، وبالتالي يؤثر المتنازعان الحذر أو الابتعاد عن الاصطدام بالنظام العام في بلد التنفيذ.

2- عيوب تطبيق قانون محلّ التحكيم على الإجراءات:

أ- إنّ أهمّ المآخذ على هذا النظام هو صـعوبة تحديد المكان الذي سـيتمّ فيه إجراء التحكيم، خصوصاً أنَّ هيئة التحكيم لها أن تعقد جلساتها، في أكثر من مكان، وحسب ما تقتضيه الحاجة لذلك(1).

ب-إنَّ وجود مراكز التحكيم المتخصـصـة والاحترافية والمنتشـرة في أغلب دول العالم جعلت الحاجة إلى تطبيق قانون إجراء محلّ التحكيم تتراجع، خصـوصـاً أنَّ هذه المراكز تمتلك

---

(1) محي، حسـام عبد اللطيف (2007)، **دور المُحكّم في إجراءات التحكيم الداخلي – دراسـة مقارنة**، رسـالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد، ص68.

من الخبرة ما يجعلها قادرة على صـــياغة قواعد إجرائية ثابتة تناســـب أغلب المنازعات التحكيمة[1].

وأخيراً يرى الباحث ضـــرورة العمل على اختيار قانون الإجراء الذي اختاره أطراف العلاقة، لأنّهم سوف يختارون القانون الواجب التطبيق الذي يتناسب مع ظروف الخصومة الواقعة بينهم، ولا شكّ في أنَّ مراكز التحكيم يمكن أن تكون عاملاً مساعداً، أو مُكمّلاً لما قد يناسب اختيار أيّ أمرٍ يتعلّق بالإجراءات.

(1) الهداوي، حسن، المرجع السابق، ص200.

المبحث الثاني

دور المُحكّم في الوقوف على القانون الواجب التطبيق

إنَّ تعاظم دور نظام التحكيم المتأتي من عولمة الاقتصاد العالمي، وسيادة مفاهيم الاقتصاد الحُرّ التي تمنح سلطان الإرادة دوراً واسعاً في إبرام ما تشاء من التصرفات القانونية، ومن أهمّها الاتفاق على التحكيم كوسيلة لفضّ المنازعات، أدّى بدوره إلى تعاظم دور المُحكّم الذي يُعَدُّ الأساسَ في العملية التحكيمية برُمّتها.

والمُحكّم هو الشخص الطبيعي الذي تلجأ إليه أطراف النزاع لغرض الفصل في خصومتهم، بإصدار قرار نهائي يكون ملزماً لهم، وقد يكون المُحكّم مُحكّماً بالقضاء، وعليه التمسّك بقانون المرافعات، أو القوانين الأخرى المنظّمة للتحكيم، وقد يكون المُحكّم مُحكّماً بالصلح، وعندها يُعفى من التقيّد بالقواعد والإجراءات القانونية، إلّا ما تعلّق منها بالنظام العام والآداب، وهناك أنواع أخرى من التحكيم تندرج جميعها تحت التقسيم أعلاه، إذ قد يكون المُحكّم حرّاً أو مُحكّماً ضمن مؤسسة تحكيم، وقد يكون المُحكّم دولياً أو داخلياً، وقد يكون المُحكّم فرداً أو ضمن هيئة تحكيم، وعلى النحو الذي تمَّ تفصيله في الفصل الثاني من هذا البحث.

وقبل التعرّف على دور المُحكّم في تحديد القانون الواجب التطبيق، حريٌّ بنا أن نتطرّق إلى دور المُحكّم وسلطته في البتِّ في وجود اتفاق التحكيم وصحته، كمرحلةٍ أولى وجزءٍ لا يتجزّأ من عمل المُحكّم (مطلب أول)، ومن ثم معرفة سلطة المُحكّم في البتّ في القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم (مطلب ثاني).

وتنتهي مهمّة المُحكّم بشكل طبيعي عن طريق إصدار حكم التحكيم المُنهي للخصومة، وقد تنتهي مهمته بطريقة أخرى كما في حالة التنحي والعزل، وقد تنتهي عن طريق الردّ أو حالات أخرى متعددة، وهو ليس في معرض بحثنا.

المطلب الأول

سلطة المُحكّم في البتّ بوجود اتفاق التحكيم وصحته

إنَّ المُحكّم وإن كان ليس قاضـــياً بالمعنى التقليدي، من جهة أنّه لا يمتلك ســـلطة الجبر وإيقاع الجزاء، إلّا أنّه يتمتّع في إطار خصــومة التحكيم بسـلطات واسـعة تؤهله لفضّ الخصــومة، وتدعم مركزه القانوني من أجل تســيير وإدارة الخصـــومة التحكيمية بالســرعة الممكنة، ومن هذه السلطات سلطته في البتّ بوجود اتفاق التحكيم، وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب كالتالي:

الفرع الأول: سلطة المُحكّم في البتّ بوجود اتفاق تحكيم

عندما يقوم أطراف الخصــومة باللجوء إلى التحكيم لغرض حلّ نزاعهم، فإنَّ أول عمل يقوم به المُحكّم هو التأكد من وجود اتفاق تحكيم، ويُعَدُّ هذا العمل من صــميم عمل المُحكّم؛ إذ يقوم من تلقاء نفسـه، أو في حالة إذا دفع أحد الخصـوم بعدم وجود اتفاق تحكيم، ومن ثمّ أن مَنْ يقوم بتقريرٍ بوجود أو عدم وجود اتفاق التحكيم هو المُحكّم أو هيئة التحكيم، وإنَّ المُحكّم لا يســتطيع الفصــل بـالنزاع إلّا إذا كـان هنـالك اتفاق تحكيم، وهو الـذي يقرّر وجود شـــرط تحكيم أم لا، كمـا أنَّ لـه الصلاحية بتشكيل هيئة التحكيم(1).

ويتمتّع المُحكّم بســـلطة فحص اتفاق التحكيم، والتأكد من وجوده من حيث الأشـــخاص والموضـوع، وأن يقوم المُحكّم بإثبات اختصـاصـه، وهذا ما يُعرَفُ في الفقه بـــ(مبدأ الاختصـاص بالاختصـاص) إذ يحقُّ لهيئة التحكيم أو المُحكّم أن يبتَّ في الدفوع المتعلقة بعدم اختصـاصـه، وتلك المتعلقة بوجود أو لا وجود، لاتفاق التحكيم، أو سقوط، أو بطلانه، أو عدم شموله لموضوع النزاع،

---

(1) فاروق محمد حســني، وفاء (2000)، **مســؤولية المُحكّم – دراســة مقارنة**، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص149.

ومن الجدير ذكره في هذا الصدد أنَّ النظر بالدفوع المتعلقة بعدم وجود اتفاق تحكيم وفي اختصاص المُحكّم من عدمه، يعود الأمر إلى القضاء العادي إذا كان التحكيم داخلياً، وإنَّ الدفوع المقدمة تكون سلطةُ الفصل فيها من اختصاص هيئة التحكيم(1).

وهذا ما أخذ به قانون التحكيم المصــري الجديد في المادة (1/22) منه على أن (تفصــل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم، أو سقوطه أو بطلانه، أو عدم شموله لموضوع النزاع).

وهذا ما جاء في قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة (2001) فقد نصّت المادة (21/أ) منه أن (تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصه، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم، أو سقوطه، أو بطلانه، أو عدم شموله لموضوع النزاع)، وهو بذلك جاء متطابقاً مع جاء في نص المادة (1/22) من قانون التحكيم المصري.

أمّا بالنسبة إلى المشرّع العراقي فلم يعطِ المُحكّمَ سلطةَ الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصه، أو تلك المتعلقة بوجود اتفاق التحكيم، لكنّنا نرى ومن استقراء نصوص قانون المرافعات العراقي – الذي سبقت الإشارة إليه– أنّه في حالة وجود بند من بنود العقد يشير إلى فضّ المنازعات عن طريق التحكيم، ينعقد الاختصاص بهذه الدفوع إلى المحكمة المختصة في نظر النزاع، ودليلنا على ذلك نص المادة (252) مرافعات عراقي إذ نصّت على أنّه (لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلّا بالكتابة، ويجوز الاتفاق عليه أثناء المرافعة، فإذا ثبت للمحكمة وجود اتفاق على التحكيم ...) وهذا يدلُّ على أنَّ للمحكمة المختصة الفصلَ في مسألة وجود أو عدم وجود اتفاق تحكيم.

الفرع الثاني: سلطة المُحكّم في البت في صحة اتفاق التحكيم

---

(1) ناطق صالح، مصطفى (2005)، **المُحكّم التجاري الدولي – دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، ص 69.

إنَّ أغلب التشريعات المنظمة لتحكيم قد ألزمت المُحكّم أولاً التأكد من صحة اتفاق التحكيم، أي ألّا يتضــمن اتفاق التحكيم مســائل لا يجوز التحكيم فيها، أو مخالفة للنظام العام والآداب، ومن ذلك ما نصّــت عليه المادة (245) مرافعات عراقي، إذ نصّــت على أنّه (لا يجوز التحكيم إلّا في المسائل التي يجوز الصلح فيها)، وكذلك ما ذهب إليه المشرّع المصري في المادة (11) من قانون التحكيم، إذ لم يُجِز التحكيم في المسـائل التي لا يجوز الصـلح فيها، وهذا ما أكّده المشـرّع الأردني في قانون التحكيم في المادة (9) منه، إذ جاء فيها (لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلّا للشـــخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرّف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح).

أمّا وسيلة المُحكّم في معرفة وجود أم عدم وجود اتفاق التحكيم وصحته، هو الكتابة والكتابة لازمة ســواء أكان التحكيم وطنياً أم دولياً، وهذا ما ســار عليه المشــرّع المصــري، من حيث توقّيه المنازعات الفرعية حول وجود وصحة اتفاق التحكيم[1]، بل لقد ذهب المشرّع المصري ببطلان اتفاق التحكيم إذا لم يكن مكتوباً، وهذا ما نصّ عيه في المادة (1/12)، حيث ورد فيها (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، وإلّا كان باطلاً)، وهذا ما أخذ به أيضاً مشروع قانون التحكيم التجاري الدولي العراقي، حيث جاء في نصّ المادة (4/ أولاً) منه على أنّه (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلّا كان باطلاً)، وكذلك ما أخذ به المشرّع الأردني في قانون التحكيم في المادة (1/10) حيث جاء فيها (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلّا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضـمّنه مستند وقعه الطرفان أو إذا تضـمّنه ما تبادله الطرفان من رسـائل أو برقيات أو عن طريق الفاكس أو التلكس أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة التي تُعَدُّ بمثابة سجل للاتفاق)[2].

---

(1) شرف الدين، أحمد (2007)، **قواعد التحكيم** ، شركة باس للطباعة، الطبعة الأولى، القاهرة، ص36.

(2) للمزيد حول الكتابة كشرط للتحكيم يرجى الرجوع إلى الفصل الثالث من هذه الرسالة.

ويرى الباحث أنَّ أغلب التشريعات لم تشترط شكلاً معيناً في الكتابة، وأنّها لم تقيّد الأطراف بنوع معين من أنواع الكتابة، إذ أجازت أن تتّخذ صورةَ رسائل أو برقيات، أو فاكسات، أو تلكسات متبادلة(1).

وأخيراً نستطيع أن نقول إنَّ سلطة المُحكّم في البتّ بالدفوع المتعلقة بصحة اتفاق التحكيم من عدمه هي سلطة أصلية، وهو وحده المختصّ في النظر فيها(2)، أمّا عن الوقت الذي يستطيع فيه الخصوم التمسّك بدفوع وجود أو صحة التحكيم، فقد نصّت المادة (2/22) من قانون التحكيم المصري على أنّه يجب التمسّك بهذه الدفوع في ميعاد لا يتجاوز ميعاد تقديم دفاع المدّعي عليه، وهو الميعاد المتّفق عليه بين أطراف الخصومة، أو الذي تعيّنه هيئة التحكيم عند عدم الاتفاق، ولكن يجوز في الأحوال جميعها لهيئة التحكيم أن تقبل الدفوع المتأخرة إذا رأت أنَّ التأخير كان لسببٍ معقول. أمّا قانون التحكيم الأردني فقد ورد فيه في المادة (21/ب) يجب التمسّك بهذه الدفوع لمدة لا تتجاوز موعد تقديم اللائحة الجوابية وَفْقاً لأحكام الفقرة (ب) من المادة (29) من هذا القانون ولا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين مُحكّم أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقّه في تقديم أي من هذه الدفوع. أمّا الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل أثناء نظر النزاع في حال تمسك به فوراً وإلّا سقط الحق فيه، ويجوز في جميع الأحوال أن تقبل هيئة التحكيم الدفع المتأخر إذا رأت أنَّ التأخير كان لمعذرة.

---

(1) انظر نص المادة (1/10) من قانون التحكيم الأردني، والمادة (4/اولا) من مشروع قانون التحكيم التجاري الدولي العراقي، والمادة (12) من قانون الحكيم المصري، والمادة (12) من قانون التحكيم العماني.

(2) بدران، محمد (1999)، **مذكرات في حكم التحكيم (صياغة، بطلانه، حجيته، وتنفيذه)**، ط1، دار النهضة العربية، ص 144.

أمّا قانون المرافعات العراقي فلم ينصّ بشكل صـريح على الوقت الذي يجوز فيه للخصـوم تقديم دفوعهم المتعلقة بعدم الاختصاص، أو عدم وجود اتفاق، أو بصحة اتفاق التحكيم، إلّا أنّه من الملاحظ أنَّ أغلب الدفوع تتعلّق بالنظام العام، وبالتالي يمكن التمسّـك بها في أيّ وقت، إذ نصّـت المادة (1/265) أن يتقيّد المُحكّم بتطبيق قانون المرافعات أوضــاعاً وإجراءات، وينصُّ هذا القانون في المادة (77) منه أنَّ الدفع بعدم ولاية المحكمة يجوز التمسّـــك به في أي مرحلة كانت عليها الدعوى.

المطلب الثاني

سلطة المُحكّم في تحديد القانون الواجب التطبيق وتحديد مكان التحكيم ولغته

الأصل كقاعدة عامة أن تقوم الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق سواء على موضوع التحكيم أو على إجراءاته، ولهم أيضــاً أن يتّفقوا على تحديد مكان التحكيم ولغته، وكم تظهر أهمية ســـلطة المُحكّم مع عدم وجود هذا الاتفاق، وهذا ما ســـنبحثه في هذا المطلب، وذلك على النحو التالي: ســـنبحث هنا ســـلطة المُحكّم في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وسلطته في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم وكما يأتي:

الفرع الأول: سلطة المُحكّم في تحديد القانون الواجب التطبيق

سـنبحث هنا سـلطة المُحكّم في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وسلطته في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، كما يأتي:

أولا: سلطة المُحكّم في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم:

كما سـبق أنَّ تناولنا أنَّ إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق هي الأصـل، فالأطراف عندما يتفقون على إحالة نزاعهم للتحكيم يتفقون على قانون معين يحكم الإجراءات، يتمُّ بموجبه النظر في النزاع، والسير في إجراءات المرافعة وإجراءات العملية التحكيمية الأخرى[1]، وكما بيّنّا في معرض حديثنا عن اختيار أطراف الخصـومة للقواعد التي تحكم النزاع، واحتمال عدم اتفاقهم عليها، فإنَّ هذا ينسـحب أيضـاً على اختيار القانون الواجب التطبيق، فقد لا تتفق الأطراف على اختياره، فيقوم المُحكّم أو هيئة التحكيم باختياره، وتحديد القانون الواجب التطبيق، والمُحكّم يتمتّع بما تتمتع به الأطراف من إمكانية وحرية بشأن وضع القواعد الإجرائية، وله أن يعتمد النظام الإجرائي في منظمة أو مركز تحكيم، أو الأخذ بالقانون الإجرائي لدولة معينة[2].

ولقد نظّمت أغلب التشـريعات سـلطة المُحكّم أو هيئة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات أغلب تشريعات التحكيم والمؤسسات التحكيمية منها والداخلية[3]، والتحكيم وإن كان يتحكّم فيه سلطان الإرادة بشكلٍ كبير إلّا أنّه لا يخلو من الطبيعة القضـائية له، فالقرارات

---

(1) محمد سامي، فوزي، المرجع السابق، ص163.

(2) هاشم زيدان، مثنى (2013)، حكم التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، **مجلة التشريع والقضاء**، السنة الخامسة، العدد الأول، كانون الثاني، ص169.

(3) انظر نص المادة (25) من قانون التحكيم المصـري وما يقابلها من نص المادة (25) من قانون التحكيم العماني، ونص المادة (24) من قانون التحكيم الأردني ، ونص المادة (21) من مشروع قانون التحكيم التجاري الدولي العراقي.

الصـــادرة عن المُحكّم هي قرارات قضـــائية تهدف إلى فض النزاع وإحقاق العدالة، وانطلاقاً من هذا المبدأ فإنَّ على المُحكّم أن يطبّق قانون المكان الذي يجري فيه التحكيم[1]، وبذلك نستطيع القول إنَّ في حالة امتناع أطراف الخصـــومة عن تحديد إجراءات التحكيم، فإنّه يطبّق قانون الإجراءات على المكان الذي يجري فيه التحكيم، وذلك أخذاً بمبدأ خضـــوع الإجراءات لقانون المحكم[2]. وإن المكان إذا لم يتم تعينه أيضـــاً، فســـوف يتمُّ تعينه من قبل المُحكّمين، وبالتالي يتمُّ تطبيق قانون الإجراءات لذلك المكان، وبالحدود التي تسمح بها قواعد الإسناد في ذلك البلد[3].

وعلى صـــــعيد الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم فقد أعطت الأولوية للقانون المختار صراحة من قبل الأطراف، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاختيار، فإنَّ القانون الواجب التطبيق هو قانون مكان صـدور الحكم، وهذا ما نصّـت عليه اتفاقية نيويورك لعام (1958) والاتفاقية الأوروبية لعام (1961)، وانفرد اتفاق جنيف لعام (1923) في النصّ على مكان إجراء التحكيم.

وممكن أن يتعرض القول بوجوب خضـــــوع التحكيم لقانون مكان إجراء التحكيم لعدد من الانتقادات ومنها:

- أنّه في حالات عديدة يصـــعب تحديد المقصـــود بمكان إجراء التحكيم، لأنَّ التحكيم يمكن أن يتمَّ في أكثر من دولة، وهذا ينتج عنه صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق[4].
- قد لا يربط بين النزاع وبين مكان إجراء التحكيم أيّة صلة يمكن اعتبارها مؤشراً على انصراف إرادة الأطراف إلى اختيار قانون ذلك المكان.

---

(1) محمد سامي، فوزي (1992)، **التحكيم التجاري الدولي**، جامعة بغداد، الطبعة الأولى، بغداد، ص164

(2) عكاشه عبد العال، مرجع سابق، ص 304

(3) محمد سامي، فوزي، المرجع السابق، ص 170.

(4) رضـــوان، أبو زيد، المرجع الســـابق، ص142، كذلك لم تتطرق الاتفاقية العربية للتحكيم لعام (1987) واتفاقية تنفيذ الأحكام بين دول الجامعة العربية لعام (1952) واتفاقية الرياض لعام (1982)، واتفاقية مجلس التعاون العربي لعام (1989) لقانون مكان إجراء التحكيم كقانون واجب التطبيق.

ويرى الباحث أنَّ القول بوجوب الخضــوع لقانون محلّ إجراء التحكيم، له ميّزات كثيرة، فهو يُسهّل على هيئة التحكيم طلب المعونة القضائية من السلطات المختصة في الدولة التي يجري فيها التحكيم، كما أنّه يُســـهّل حصـــول الأطراف المتنازعة على أمر بالتنفيذ في تلك الدولة في حالة حاجتهم لذلك.

ونسـتطيع أن نتعرّف على أهمّ الأسـباب التي أعطت هيئة التحكيم الحقَّ في تعيين القانون الواجب التطبيق، وإقرار هذا المبدأ كما يأتي:

1- عدم وجود قواعد تنازع دولية، فإنَّ المُحكّم الدولي لا يملك تحت تصرفه قواعد خاصة بتنازع القوانين، أو أيّة قواعد اختصاص يمكنه تطبيقها في حالة عدم تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف، خصـــوصـــاً بعدم وجود قواعد دولية موحّدة تبيّن للمُحكّم الحلول الواجبة الاتّباع في مثل هذه الحالة[1].

2- أنّه في العديد من الحالات لا يشير الأطراف إلى القانون الواجب التطبيق.

3- الرغبة في إعطاء المُحكّمين حرية اختيار القوانين التي يرَوْن أنّها مناســـبة للتطبيق على النزاعات المعروضة على التحكيم[2].

4- إنَّ انتشـــار العقود الدولية النموذجية وقواعد التحكيم الصـــادرة عن الهيئات الدولية للتحكيم ســـاهم في الإقرار بهذا الحقّ لهيئات التحكيم، حيث إنّه أوجد قواعد متعارف عليها صـــالحة للتطبيق على النزاعات المعروضة على التحكيم في أغلب الأحيان[3].

---

(1) رضوان أبو زيد، المرجع السابق، ص153.

(2) حبيب، ثروت، المرجع السابق، ص185.

(3) تتعدد هذه المؤســـســـات فنجد هناك محكمة التحكيم الدائمة التابعة للغرفة التجارية في باريس (ICC)، والمركز الدولي لتسـوية منازعات الاسـتثمار في واشـنطن (ICSID)، والمركز الدولي لحسـم المنازعات التابع لجمعية التحكيم الأمريكي (AAA)، ومركز القــاهرة الإقليمي للتحكيم التجــاري الــدولي (CRCICA) وغيرهــا من المؤسسات الدولية الأخرى.

ثانياً: سلطة المُحكّم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم:

الأصـــل كما هو الحال بالنســبة لإجراءات التحكيم أن يلتزم المُحكّم بتطبيق القواعد الموضوعية التي يتّفق عليها المحتكمون؛ إذ يلتزم المُحكّمون بتطبيق القواعد الموضوعية التي يتّفق عليها الأطراف، ويفصـــلون في النزاع بموجبها، فقد يتّفق الأطراف على عدة قواعد من قوانين مختلفة، ويتفقون على أن تكون هذه القوانين هي التي تحكم نزاعهم، فاتّفاق الأطراف هنا يبترُ شريعتهم التي تحكم العقد، ويلتزم المُحكّم أو هيئة التحكيم بتطبيقها على النزاع[1].

وقد تتّفق الأطراف على تطبيق قانون دولة معينة، فتطبق هيئة التحكيم القواعد الموضوعية دون القواعد المتعلّقة بتنازع القوانين في تلك الدولة، وهذا ما تأخذ به أغلب القوانين، ومنها العراق إذ نصّـــت المادة (31) من القانون المدني العراقي على إنّه (إذا تقرّر أنَّ قانوناً أجنبيّاً هو واجب التطبيق، فإنّما يُطبّق منه أحكامه الموضوعية دون التي تتعلّق بالقانون الدولي الخاص).

أمّا في حالة غياب اتفاق الأطراف على القانون الموضـوعي، فينعقد الاختصـاص هنا إلى هيئة التحكيم؛ لتقوم بتطبيق القانون الموضـــوعي الأكثر اتّصـــالاً بالنزاع – كما ســبق أن بيّنّا في الفصل الماضي عند اختيار القواعد الموضوعية للنزاع – ولهيئة التحكيم أو للمُحكّم سلطة تقديرية واسعة في تحديد القانون الموضوعيّ الأكثر اتصالاً بالنزاع[2].

ونكرّر القول إنَّ القانون العراقي لم يكن واضـــحاً في مســـالة القانون الواجب التطبيق على موضـــوع النزاع؛ لأنّه لم يتناول أحكام التحكيم التجاريّ الدوليّ، إنّما اكتفى بقانون المرافعات المدنية

---

(1) عبد الستار، سحر ، المرجع السابق ،ص143، كذلك محمد سامي ، فوزي ، مرجع سابق، ص 186.

(2) انظر نص المادة (2/39) تحكيم مصـــري، والمادة(36) تحكيم أردني ، والمادة (39) تحكيم عماني ، والمادة (813) أصول محاكمات مدنية لبناني ، والمادة (30) من مشروع تحكيم تجاري دولي عراقي.

العراقي[1]، وفي مســــألة القانون الواجب التطبيق أمام المُحكّم أو هيئة التحكيم تبرز مســــألة تنازع القوانين في مرحلتين اثنتين[2]:

- تبرز مســألة تنازع القوانين أمام هيئة التحكيم عندما يُراد تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع.
- وكذلك تبرز مسألة تنازع القوانين أمام القاضــي أثناء سعيه لتنفيذ حكم التحكيم، وكذلك البَدْء بتطبيق إجراءات التحكيم على النزاع المعروض أمامه .

ويرى الباحث أنَّ المُحكّم أو هيئة التحكيم تتّبع المراحل التالية أثناء تحرّيها للقانون الواجب التطبيق، التي يمكن إيجازها على النحو الآتي:

1- تطبيق ما ذهبت إليه إرادة أطراف النزاع من جهة الأخذ بالقانون الواجب التطبيق، حيث يجب على المُحكّم احترام مبدأ (ســـلطان الإرادة) الذي يتمتّع به المتخاصــــمان في اختيار القانون الواجب التطبيق، ويجبُ على المُحكّم أو هيئة التحكيم حسم الخلاف[3].
2- إذا لم يفصـــح أطراف الخصـــومة عن القانون الواجب التطبيق، وُجِبَ على المُحكّم أو هيئة التحكيم البحثُ عن الإرادة الضـــمنية أو المفترضـــة لتلك الأطراف، لتكون دليلاً لهم لتحديد القانون واجب التطبيق[4].

---

(1) المادة (2/265) من قانون المرافعات المدنية العراقي، ولقد كان للمشـــرع الفرنســـي نفس الاتجاه انظر المادة (1497) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي حيث ورد فيها (يفصل المُحكّم النزاع كمُحكّم بالصلح إذا عهد إليه الأطراف ذلك في اتفاق التحكيم).

(2) عبد الستار، فوزي، مرجع سابق، ص 185.

(3) التحيوي، محمود الســـيد (2003)، **الصـــلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية**، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، ص147.

(4) محمد ، سامي، فوزي، المرجع السابق، 187.

3- إذا لم يتبيّن المُحكّم إرادة الأطراف بشكلٍ نهائي، بعدم اتّفاقهم على القانون الواجب التطبيق، ينعقد الاختصاص إلى هيئة التحكيم لتقومَ بتطبيق القانون الموضوعيّ الواجب التطبيق، والأكثر اتّصالاً بالنزاع، ولهيئة التحكيم صلاحية وسلطة تقديرية في تحديد القانون الموضوعيّ الواجب التطبيق(1).

وعلى المُحكّم أن يراعي عند بَدْء العملية التحكمية الآتي(2):

أ- وجود العقد، وبيان مدى صحته.

ب-تحديد حقوق والتزامات كلّ طرف.

ج- جميع المسائل التي ينظّمها العقد محلّ النزاع، وإنْ كانت تتعلّق بمكان التسليم والتعويض عن التأخير والتعويض عن التلف، ومدى مطابقة المواصفات المُبيّنة في العقد.

د- أن يراعي المُحكّم أو هيئة التحكيم العادات والأعراف المتعلّقة بالتجارة الدولية، عند الفصل في نفس نوع النزاع المنظور أمامه، ولقد نظّمت أغلبُ التشريعات هذا الموضوع(3).

يستخدم المُحكّم عدداً من الوسائل لتبيان القانون الواجب التطبيق، ويمكن إيجاز هذه الوسائل على النحو الآتي:

أ- التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق: وَفْقاً لهذه الطريقة يُحدّد المُحكّم مباشرة القانون واجب التطبيق على العقد موضوع النزاع، حيث يقوم المُحكّم بتطبيق القانون الأكثر صلة بالنزاع من غيره، وذلك من خلال التعرّف على العناصر الموضوعية للعقد، ودون أن يبحثَ

---

(1) هامل، نوري (2009)، **الجوانب القانونية لعقد التحكيم الالكتروني – دراسة مقارنة**، أطروحة دكتوراه، الجامعة اللبنانية ص146. كذلك المادة (2/39) من قانون التحكيم المصري، كذلك انظر المادة (1496) من القانون الفرنسي.

(2) الجارحي، عامر احمد، مرجع سابق، ص108.

(3) قانون التحكيم المصري، المادة (3/39)، كذلك قانون التحكيم الأردني المادة (36/ب).

عن قاعدةِ تنازع القوانين التي يتحدّد بمقتضـاها هذا القانون، وإنَّ المُحكّم يرتكز في قراره هذا على معرفة الطبيعة القانونية للعقد، دون الالتفات إلى الاستناد لنظامٍ معين في تنازعِ قوانين، وإنّما يقرّر خضوع العقد لقانون دولة معينة[1].

وقد نصَّ قانون التحكيم الأردني على هذه الطريقة في المادة (36/ب) منه، حيث جاء فيها (إذا لم يتّفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبّقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنّه الأكثر اتصالاً بالنزاع)، هذا ولم يُشِرْ المشرّع العراقي إلى هذه الجزئية من التحكيم، واعتمد فقط كما أسلفنا على المبادئ العامة للقانون.

ب-التطبيق الجامع لأنظمة القوانين المرتبطة بالنزاع: وطبقاً لهذه الطريقة يفحصُ المُحكّم قواعدَ تنازع القوانين في مختلف الأنظمة القانونيّة الوطنيّة، التي لها صلة بالنزاع المطروح أمامه، فإذا ما أجمعت هذه القواعد على قانون داخلي معين، فإنّه يقرّر تطبيق هذا القانون[2].

ج- اللجوء إلى المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص: في هذه الطريقة يتجاوز المُحكّم التطبيقَ التقليديَّ للعثور على القانون الواجب التطبيق، فهو لا يطبّق قواعد تنازع القوانين في بلد معين، والمتعلّقة بالقانون الدولي الخاص، سواء تلك المتعلّقة بمقرّ التحكيم، أو بإحدى الدول المرتبطة بالنزاع، إنّما هو يختار قواعدَ التنازع المتعارف عليها، والمستخدَمة دوليّاً، والأكثر انتشاراً وقبولاً في أغلب بلدان العالم ليقوم بتطبيقها[3].

---

(1) عبد العليم الرفاعي، اشرف، (2003)، **القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم**، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص32.

(2) كاظم، حنتوش سلمان (1994)، **دراسة متخصصة فيعقد التحكيم في التشريع العراقي**، منشورات المعهد القضائي العراقي، بغداد، ص142.

(3) (C.Kajance)، المشار إليه في مقال : علوان، محمد يوسف (1976)، الاتجاهات الحديثة في العقود الاقتصادية الدولية مجلة الحقوق العراقية – العدد(3- 4)، السنة (8)، ص61.

الفرع الثاني: سلطة المُحكّم في تحديد مكان التحكيم ولغته

سنتناول في هذا الفرع سلطة المُحكّم في تحديد مكان التحكيم من جانب، وسلطته في اختيار لغة التحكيم من جانبٍ آخر، وذلك ضمن سعي الباحث للوصول إلى حالة من التكامل في بيان العملية التحكيميّة بمراحلها المختلفة، فمع ما تناولناه من سلطة المُحكّم في التأكّد من وجود العقد ومدى صحته، ومن ثم سلطته في اختيار القانون الواجب التطبيق، وأخيراً تحديد مكان التحكيم ولغته، لنكون بذلك قد غطّينا جميع الأعمال الرئيسية التي يقوم بها المُحكّم في معرض تصديه للعملية التحكيمية وصولاً للفصل في النزاع، وعلى النحو الآتي:

أولاً: سلطة المُحكّم في تحديد مكان التحكيم

إنَّ لتحديد مكان التحكيم أهمية كبيرة في حياة العمليّة التحكيمية، إذ من شأنه أن يقودَنا في الغالب لمعرفة القانون الذي يحكمُ الإجراءات، أو الذي يُطبَّق على موضوع النزاع، فاختيار مكان التحكيم تترتّبُ عليه آثار إجرائية عديدة، أهمّها معرفة المحكمة المختصّة لنظر النزاع في الدولة التي يُقام فيها التحكيم، التي تتمتّع بسلطة واسعة في تدعيم وإنجاح سير العملية التحكيمية، أو الحَدّ من فاعليتها[1].

إنَّ الأصل أن يقوم أطراف النزاع بتحديد مكان التحكيم، إمّا في عقد التحكيم نفسه أو في اتفاقٍ لاحق، ولهم في ذلك مُطلَق الحريّة، ويكون المُحكّم مُلزَماً في إجراء التحكيم في المكان الذي اتّفق عليه أطراف الخصومة، فإذا لم تُحدِّد الأطرافُ مكانَ التحكيم انعقد الاختصاص للمُحكّم في

---

(1) والي، فتحي، المرجع السابق، ص417. وكذلك شفيق، محسن، المرجع السابق، ص262.

تحديد هذا المكان، وعليه أن يراعيَ الظرف القانوني عندما يحدّد مكانَ التحكيم من أجل تحقيق مصلحة الأطراف، ومراعاة ظروف التحكيم(1).

وفي الأغلب الأعمّ يكون مكان التحكيم في التحكيم المنظّم هو المكان الذي يوجد فيه مَرْكَزُ أو هيئة التحكيم الذي اتّفقت الأطرافُ على اللجوء إليه، لهذا تتنافس التشريعات في إصدار قوانينَ تتّسمُ بالمرونة، وتقديم التسهيلات الإجرائية، وتقليل القيود على التحكيمات غير الوطنية، من أجل جذب أكبر عددٍ من التحكيمات إليها(2)، هذا ولا يُشترَطُ عند تحديد مكان التحكيم أن تتمّ الجلساتُ في مكان واحد، بل يجوز أن تتمَّ في أماكنَ متعددةٍ، ما لم يتّفق الأطراف على مكان محدّد بذاته.

هذا وإنَّ سلطة المُحكّم في تحديد مكان التحكيم، أصبحت لها مكاناً بارزاً لدى أغلب التشريعات المنظِّمة للتحكيم، الوطنية منها والدولية، وأنظمة مؤسسات التحكيم، من ذلك ما جاء في نصّ المادة (28) تحكيم مصري، إذ نصّت على أنّه (لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق، عيّنت هيئة التحكيم مكان التحكيم ..)(3).

كذلك ما ورد في نصّ المادة (27) من قانون التحكيم الأردني، حيث ورد فيها على أنّه (لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في المملكة أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملائمة المكان لأطرافها، ولا يحول ذلك دون أن تجتمع هيئة التحكيم في أيّ مكانٍ تراه مناسباً للقيام بأي إجراء من إجراءات التحكيم، كسماع أطراف

---

(1) شرف الدين، احمد (من دون سنة طبع)، **دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية**، ط1 ، مطبعة أبناء وهبة حسان ،القاهرة، ص39.

(2) فاروق محمد حسني، وفاء ، المرجع السابق، ص153.

(3) انظر ما يقابلها من نص المادة (22) من مشروع التحكيم تجاري دولي عراقي، والمادة (27) من قانون التحكيم الأردني.

النزاع أو الشـــهود أو الخبراء، أو الاطّلاع على مســتندات، أو معاينة بضــاعة أو أموالاً، وإجراء مداولة بين أعضائها أو غير ذلك).

أمّا على صــعيد القانون العراقي فإنّه لا يوجد نصٌّ بهذا الشــأن، ولذلك فإنّه يُصـــار إلى تطبيق المادة (25) من القانون المدني العراقي، إذ جعل اختيار القانون واجب التطبيق حســـب الأولوية التالية:

أ- القانون المختار صراحة من قبل الأطراف.

ب-الموطن المشترك للمتعاقدين.

ج-قانون الدولة التي أُبْرِمَ فيها العقد.

ومن الجدير بالتطرّق إليه في هذا الصـدد قانون التحكيم الفرنسـي، الذي جاء مغايراً لأغلب التشـريعات، ومنها المصـري والعراقي والأردني؛ إذ قرّر أنّه (عند عدم تعيين مكان التحكيم من قبل الأطراف، فإنَّ الاختصــاص بتدعيم التحكيم ومســاعدته يكون للمحكمة التي يقع في دائرتها موطنُ المدّعى عليه)[1]، ولا شكَّ أنَّ في هذا إظهاراً للطابع القضائي للخصومة التحكيمية .

ولا بُدّ من الإشــارة إلى أنَّ الاتفاقية الموحّدة لاسـتثمار رؤوس الأموال العربية لعام 1981، قد نصّـــت في الفقرة الخامســـة من المادة الثانية من ملحقها أن تنعقد هيئةُ التحيكم لأول مرّة في الزمان والمكان اللذين يحدّدُهما المُحكّم المرجّح، وبعد ذلك تقرّر الهيئة مكانَ انعقادِها ومواعيدها .

ويذهب الباحثُ مع الرأي الذي ينادي بعدم صـــواب هذا الاتجاه، إذ إنَّ في ذلك إعطاء ســلطة واســعة للمُحكّمين على حســاب مبدأ ســلطان الإرادة للأفراد، وكان من الأفضــل أن ينعقد الاختصاص للمُحكّم في حالة عدم اتفاق الأطراف[2].

(1) المادة (1457) من قانون المرافعات الفرنسي.

(2) بذات الاتجاه: ناطق، مصطفى صالح، المرجع السابق، ص80.

وأخيراً لا بُدَّ أن يكون المحتكمين على اطلاع كامل بقانون التحكيم، والتحقّق من ماهيّة الضـــمانات التي يقدّمها بالأخص لغير مواطنيهم، وأن يكون الدافع لاختيار مكان التحكيم دون الاعتماد على المزاج الخاص للمُحكّمين(1).

ومن خلال ما تقدّم نلاحظ أنَّ التشريعات المختلفة، وإنْ كانت تمنحُ المُحكّم أو هيئة التحكيم ســلطةَ تحديد مكان التحكيم في حالة عدم اتّفاق أطراف النزاع، إلّا أنّها غالباً ما تقيّد هذه الســلطة بمراعاة ظروف الدعوى، وملائمة المكان للأطراف.

ثانياً: سلطة المُحكّم في تحديد لغة التحكيم

إنَّ تحديد لغة التحكيم يُعَدُّ من الأمور الهامّة التي لها أثرٌ كبيرٌ في قدرة الأطراف من أجل متابعة مسـيرة التحكيم بدقّة، وعلى ما قد يتكبّدونه فيما بعد من نفقات وجهد في سـبيل تقديم اللوائح وسندات التحكيم في اللغة المتّفقِ عليها(2).

والأصلُ أن يتّفقَ الأطراف على تحديد اللغة التي يتمُّ بموجبها التحكيم، أو على الأقلّ يتّفقوا على تحديد اللغة التي يصـدرُ بموجبها الحُكم، وفي حالة عدم الاتفاق ينعقدُ الاختصـاص في تحديد لغة التحكيم إلى المُحكّم أو هيئة التحكيم، وهذا ما أخذتْ به أغلبُ تشـــريعات وأنظمة التحكيم، الداخلية منها والدولية، ومن ذلك قانون التحكيم الأردني في المادة (28/ أ)، حيث نصّــت على أنّه (يجري التحكيم باللغة العربية ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك أو تحدّد هيئة التحكيم لغة أو لغات أخرى ..)(3).

---

(1) فاروق محمد حسني، وفاء، المرجع السابق، ص145.

(2) الخاطر شريف يوسف(2011)، **التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه – دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية ، القاهرة، ص 124.

(3) انظر ما يقابلها نص المادة(1/29) من قانون التحكيم المصــــري، كذلك المادة (2/22) من قانون التحكيم النموذجي.

ولم يتطرّق قانون المرافعات العراقي إلى مســـألة اللغة أو اللغات التي يجري فيها التحكيم، ولا حتى اللغة التي يصــدرُ فيها الحُكم، ولكنَّ الأصــل أن يتمَّ التحكيم في لغة البلد الذي يجري فيه، وعليه فإنَّ التحكيم في العراق يتمُّ باللغة العربية، ويُكتَبُ الحُكم بها، بوصـــــفها لغة أهل البلد الذي جرى فيه التحكيم، ما لم يتّفق الأطراف على غير ذلك[1].

وتجدر الإشــارة إلى أنَّ مشــروع قانون التحكيم التجاري الدولي العراقي قد أشــار في المادة (24/ أولاً) على أنّه يجري التحكيم باللغة العربية ما لم يتّفق الطرفان على خلافه، أو تحدّد هيئة التحكيم لغة أو لغات أخرى..).

---

(1) مصطفى ناطق صالح ، المرجع السابق، ص 18.

الفصل الخامس

الخاتمة والنتائج والتوصيات

أولاً: الخاتمة

يتميّز عالم اليوم باتساع نطاق المعاملات الدولية الخاصة، فجاء قانون التحكيم كحلٍّ أمثلَ لجميع ما تفرزه هذه التطوّرات من نزاعات وخلافات، لما يتميّزُ به من مزايا يفتقر إليها القضاء العادي، ولعلَّ أبرزَ ما يُميّز التحكيم هو أنّه يُمكّن أطراف العلاقة من اختيار الأشخاص الذين يقضون في نزاعهم، واختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق على النواحي الموضوعية والإجرائية، وهذا الأمر له أهمية كبيرة على نطاق العلاقات الداخلية، والعلاقات الدولية الخاصة.

إنَّ واقع الحياة الاقتصادية والتجارية، والحاجة لمواجهة التطوّرات الجارية في العالم، ولضمان إعطاء القانون فاعلية في المجال الدولي تستدعي الالتفات إلى هذا الجانب القانوني المهم، وأخصُّ بالذكر القانون العراقي، وذلك لغرض الوصول بالقواعد القانونية التي تنظّم التحكيم إلى المستوى المطلوب.

لم ينضمّ العراق إلى اتفاقية نيويورك لعام (1958)، الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية، خصوصاً أنّه يمكن اعتبار هذه الاتفاقية أحسنَ ما توصّل إليه المجتمع الدولي في هذا المجال؛ لأنّها بسطت الإجراءات الواجبة الاتّباع عند تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وحدّدت على سبيل الحصر الحالات التي يجوزُ فيها رفضُ حكم التحكيم الأجنبي، وأعطت الدول الحقَّ في وضع التحفّظات التي تلائم سياستها التشريعية ونظامَها العام، إنَّ انضمامَ العراق أسوةً بكثير من الدول،

ومنها المملكة الأردنية الهاشمية يسدُّ فراغاً تشريعياً يعاني منه العراق في الوقت الحاضر، بالإضافة إلى أنَّ هذه الاتفاقية تحظى بقبولٍ وتأييدٍ دوليين واسعين.

قدّم الباحثُ جهده من خلال تقسيم هذا البحث إلى خمسة فصول، تناول في الفصل الأول خطّة البحث المتضمنة لمشكلة البحث، وأهميته وأهدافه، والدراسات السابقة التي كانت قريبةً في بحثها من هذا الموضوع، أمّا في الفصل الثاني من هذه الدراسة فقد تناول الباحثُ ماهيّة التحكيم وطبيعته القانونية، وتمَّ تخصيصُ الفصل الثالث لبحث القواعد الموضوعية والإجراءات في منازعات التحكيم، أمّا في الفصل الرابع من هذا البحث فقد تناولَ الباحثُ نطاقَ القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم، وخصّص الفصل الخامس للخاتمة والنتائج والتوصيات.

ثانياً: النتائج

- على الرغم من الدور الريادي والمهم الذي يتصدّى له التحكيم في معظم دول العالم، وعلى الرغم من أنَّ المشرّع الأردني قد خطا خطوات مهمة على الصعيد التشريعي، بتحديث قانون التحكيم، حيث جاء قانون التحكيم الأردني الحالي رقم 31 لسنة2001 استجابةً من المشرّع الأردني للتغيّرات والتطوّرات التي حدثت في مجال التحكيم على المستويين الدولي والداخلي، إلّا أنّه نجد على الصعيد العملي عدم الرغبة بالأخذ في هذا النظام كوسيلة من الوسائل الناجحة لحلّ النزاعات، فنظام التحكيم لا يحظى بالتطبيق الواسع كما هو معروف عالمياً، والدليل على ذلك قلّة النزاعات التي يجري حلُّها بالتحكيم.-
- إنّ التشريعَ العراقي يُعَدُّ من التشريعات المتأخرة في تنظيم أحكام التحكيم مقارنةً بغيره من التشريعات، خاصة العربية منها، إلّا أنّه عالج التحكيم كوسيلة لفضّ المنازعات في طيّات

قانون المرافعات في بابٍ أسماه باب التحكيم، ولم يتطرّق للتحكيم التجاري الدولي لا من بعيد ولا من قريب، واكتفى فقط بتنظيم أحكام التحكيم الداخلي، بحجّة مساس القواعد القانونية الأجنبية بقيمة المحاكم العراقية وسيادتها، وهذا لا يتناسب مع الوضع الحالي للبلد، وما يشهده من محاولات الانفتاح على المستثمرين الخارجيين، وإنَّ غالبة الشركات العالمية تشترط التحكيم كوسيلة لفضّ المنازعات، ومن شان هذا أن يمثّل عائقاً كبيراً أمام الجانب العراقي في ظلّ غياب التنظيم الأمثل للتحكيم، كوسيلةٍ مهمّةٍ لفضّ المنازعات.

وإنَّ قانون المرافعات العراقي لا نستطيع أن نطلقَ عليه قانوناً مستقلا للتحكيم، خصوصاً وهو تعتريه الكثير من النواقص، ولم يعالج على المستوى الوطني الكثيرَ من المسائل، منها كيفية اختيار المُحكّمين، أو ما هي الشروط التي يجب أن تتوافر في المُحكّمين، ولم يعالج أيضاً الحالات التي من الممكن أن يتنحّى فيها المُحكّم بعد قبوله القيام بالمهمة التحكيمية، إنَّ قانون التحكيم العراقي النافذ لا يتلاءم مع مجريات المعاملات الدولية الخاصة؛ لأنّه لا يحقّق الغاية المرجوّة من التحكيم، وهي الاقتصاد في الجهد والنفقات والوقت.

- عدم وضوح الرؤيا بالنسبة لدور المُحكّم في كثير من الأحيان، فالأخذ بنظام التحكيم يتطلّب من طرفي النزاع فهماً لطبيعة عمل المُحكّم، فهو يعمل كالقاضي من حيث الاستقلال، وعدم تمثيل مصالح أحد الخصوم، وتتمثّل مهمّته في إعطاء كلِّ ذي حقٍّ حقّه، إلّا أنَّ الاعتقاد السائد لدى من يذهبون للتحكيم أنَّ المُحكّم ما هو إلّا وكيل يمثّل مصالح الشخص الذي انتخبه.

- وكمقارنة بين القانون الأردني والعراقي في جزئية عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، اعتمد قانون المرافعات العراقي (قانون التحكيم الحالي)، على المبادئ العامة للقانون،

وبشكل كبير كسند احتياطي، حيث استعان بالمادة (1/25) من القانون المدني، أمّا القانون الأردني فقد نظّم ذلك صراحة في قانون التحكيم من خلال نصّ المادة (36/ب).

- نظّم المشرّعان العراقي والأردني موضوعَ الكتابة في التحكيم، واعتبر المشرّعُ الأردني الكتابة ركناً من أركان التحكيم من خلال المادة (10/ا)، وعدَّ تخلّفها مبطلاً للتحكيم، في حين أنَّ المشرّع العراقي عَدَّ التحكيم شرطاً للإثبات، وأيضاً عدَّ تخلّف هذا الشرط مُبطلاً له من خلال عدم إثباته، إلّا من خلال الكتابة، وهذا ما نصّت عليه المادة (252) من قانون المرافعات العراقي.

وفي الوقت الذي لم يبيّن فيه المشرّع العراقي تفاصيل الأخذ بالكتابة كوسيلة للإثبات، حَسُنَ فعلُ المشرّع الأردني عندما كان مرناً في اعتبار الرسائل والمراسلات الأخرى ورسائل الفاكس، والبرقيات والتلكس، ضمن وسائل الكتابة المأخوذ بها قانوناً.

- أمّا بالنسبة للمُحكّم فقد اتفق المشرّع العراقي والأردني، أنّه يجب أن تتوافر في المُحكّم جملة من الشروط المحدّدة، إذ اشترطا أن يكون المُحكّم شخصاً طبيعياً كامل الأهليّة، غير ممنوع من تولّي التحكيم، وأن يتمتّع بالحياد والاستقلال، وإذا كان التحكيم بموجب هيئة فيجب أن يكون عددَ المُحكّمين وِتراً، وأن يصرّح المُحكّم عن قبوله المهمة التحكيمية كتابة، وهناك مجموعة أخرى من الشروط التي لا يمكنُ حصرُها ما دامت راجعة لاتفاق الأطراف عليها، إذ يستطيعون أن يشترطوا ما يشاؤون في مُحكّمهم ما زالت تلك الشروط لا تخالف النظام العام والآداب، كالاتفاق على جنس المُحكّم وديانته، وخبرته، ويتمُّ تعيين المُحكّم كأصلٍ عام من قبل أطراف الخصومة التحكيمية، نظراً للطابع الاتّفاقي لأصل المهمّة التحكيمية، كما يتمُّ تعيينه من قِبل المحكمة المختصة في حالات معينة.

- وجدنا أنَّ عقد التحكيم من العقود الرضائية لجميع أطراف العلاقة، فهو رضائي بالنسبة لطرفي العلاقة التحكيمية، كذلك فإنَّ التحكيم من العقود الرضـائية بعلاقة الأطراف بالمُحكّم أو بالهيئة التحكيمية، وهي من العقود التي تُرتِّب التزاماتٍ بين أطراف الخصـومة والمُحكّم، كما أنّه من العقود القائمة على الثقة وحسن النية، ويُشترَط في إثباتها الكتابة، ولم يحدّد القانونُ شكلاً معيناً للكتابة.
- وقد نظّم التشـريع حالة انتقال اختيار القواعد القانونية إلى المُحكّم في حالة عزوف أطراف العلاقة عن اختيارها لأيّ سببٍ من الأسباب التي تمّ إيضاحها في هذا البحث، وكذلك انتقال حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، إلى سلطةٍ يستخدمها المُحكّم ليقوم بهذا الدور أيضاً في حالة عزوف الأطراف عن تسمية القانون الواجب التطبيق، ولقد نظّم ذلك المشرّع الأردني في قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة (2001) صراحة في المادة (36/ب)، أمّا المشرّع العراقي فقد ترك هذا الأمر للقواعد العامة للقانون.

ثالثاً: التوصيات

1- وضع إجراءات وآليات مستحدثة تتعلق بفضِّ المنازعات بواسطة التحكيم، وتكون هذه الآليات سهلة وميسّرة وبعيدة عن التعقيد، وفي متناول جميع العاملين بالحقل القانوني، والمتعاملين بالعمل التجاري، والفئات التي ترغبُ باللجوء إلى التحكيم لفضِّ منازعاتهم.
2- إبراز الدور المهمّ للتحكيم من خلال إعداد ورش عمل قانونية، ودورات تدريبية لبيان ماهيّة التحكيم، ونشر الوعي القانوني والعملي في ما يتعلّق بمسألة التحكيم، عبر مختلف الوسائل المتاحة، وتسليط الضوء على أهمّ المميزات التي يتمتّع بها كسرعة الفصل بالمنازعة، وسهولة

ويســـر الإجراءات التحكيمية، وحلّ جميع المنازعات حلاً مرضـــياً لطرفي النزاع، وهذا طبعاً ينطبق على الصعيد الوطني والدولي، وبيان الفائدة الاقتصادية في اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفضّ المنازعات.

3- تحفيز الباحثين والدارسين على إيلاء موضوع التحكيم اهتمامًا أكبر، ومحاولة إعطاء الجانب الأكاديمي أهميّةً أكبر في بحث وتطوير الوسائل الناجعة للتعامل مع موضوع التحكيم، كوسيلةٍ لفضِّ المنازعات جنباً إلى جنب مع القضاء العادي، ورفد المؤسسة العدلية، وعدم إثقال كاهل القضاء من خلال اللجوء إلى التحكيم.

4- أن يسعى أطراف العلاقة إلى دراسة اختيار القانون الواجب التطبيق بشكل جديّ وعلميّ، بما يخدم مصالحهما المشتركة، وذلك من خلال اختيار الجانب الموضوعي والإجراءات دون التقيّد بالقوانين الوطنية، والاســـتفادة من حرية الأطراف، وما يمنحه لهم القانون، بتطبيق ســـلطان الإرادة في اتفاق التحكيم، ممّا ينعكس إيجاباً على سرعة حلّ الخلافات والمنازعات .

5- يقوم المُحكّم بالبحث عن الإرادة الصـريحة أو الضـمنية لأطراف العلاقة، وبشـكلٍ دقيقٍ جدّاً، وعدم نقل حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، وتحويله إلى اســتخدام مباشـــر لسـلطاته وصـــلاحياته في اختيار القانون الواجب التطبيق، وألّا يقوم المُحكّم باسـتبعاد القانون الواجب التطبيق، الذي سعى أطراف العلاقة إلى تقريره بحجّة انعدام التصريح من قبل الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.

6- ضرورة الإسراع بإقرار وتشريع مشروع قانون التحكيم التجاري الدولي العراقي، الذي اعتمد في أغلب أحكامه على القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الصـــادر من الأمم المتحدة، وقانون التحكيم المصري.

7- أن يقوم العراق بالانضمام إلى اتفاقية نيويورك للتحكيم الدولي أسوة بالمملكة الأردنية الهاشمية، خصـوصـاً أنَّ هذه الاتفاقية مختصّـة بتنظيم الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، وإنَّ هذه الاتفاقية تُعَدُّ من أهمّ الاتفاقيات الدولية في هذا المجال.

8- أن يتحرّر المشرّع العراقي من عقدة تطبيق قواعد قانونية أجنبية داخل العراق، التي كانت سبباً بتأخّر تنظيم التحكيم على المسـتوى الدولي، حيث اعتبر المشـرّعُ العراقي أنَّ التحكيم الدولي انتقاصٌ من قيمة وسـيادة المحاكم العراقية، وفي هذا الموضـوع مغالطة كبيرة، خصـوصـاً أنَّ أحكام التحكيم الأجنبية خاضـعةٌ لمصـادقة المحاكم العراقية المختصّـة، وإنَّ أيَّ مخالفةٍ للنظام العام ستؤدّي إلى رفض تلك القواعد من قِبل القضاء العراقي.

قائمة المراجع

القرآن الكريم

أولاً: الكتب

1- إبراهيم، أحمد إبراهيم (1997)، **التحكيم الدولي الخاص**، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة.

2- إبراهيم، نادر أحمد (2000)، **مركز القواعد الدولية أمام ا لتحكيم الاقتصـــــادي الدولي**، الاسكندرية، نشأة المعدن.

3- ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، **لسان العرب**، دار صادر، القاهرة (1300هـــــ - 1882م).

4- أبو أحمد، علاء محي الدين (2008)، **التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضـــعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم دراســـة مقارنة**، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية.

5- أبو زيد، رضـــوان (1981)، **الأســـس العامة للتحكيم التجاري الدوري**، دار الفكر الجامعي الإسكندرية.

6- الأحدب، عبد الحميد (1990)، **التحكيم أحكامه ومصـــادره**، الجزء الأول، مفهوم التحكيم وتاريخه، مؤســـسة نوفل، لبنان.

7- البجيري، عزة محمد علي (1997)، **تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية**، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة.

8- بدران، محمد (1999)، **مذكرات في حكم التحكيم (صياغة، بطلانه، حجيته، وتنفيذه)**، ط1، دار النهضة العربية.

9- بني مقداد، محمد علي محمد (2013)، **المسلك السليم لإصدار وتنفيذ حكم التحكيم**، مؤسسة حمادة للدراسات الجامعية والنشر والتوزيع.

10- التحيوي، محمود السيد عمر، **الطبيعة القانونية لنظام التحكيم.**

11- التحيوي، محمود السيد (2003)، **الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية**، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية.

12- الجارحي، عامر (دون سنة طبع)، **الوجيز في شرح أحكام الدعوى التحكيمية للمنازعات المدنية والتجارية**، الجامعة العمالية، كفر الشيخ، مصر.

13- الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة (1998)، **التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

14- الحداد، حفيظة السيد، **الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي**، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان.

15- حداد، حمزة (2010)، **التحكيم في القوانين العربية**، دار الثقافة للنشر، عمان.

16- حسين أبو زيد ، سراج (2010)، **التحكيم في عقود البترول**، جامعة القاهرة – قسم القانون الخاص، القاهرة.

17- الحواري، أسامة احمد (2008)، **القواعد القانونية التي يطبقها المُحكّم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان.

18- حياوي، نبيل عبد الرحمن (2004)، **مبادئ التحكيم**، ط3، المكتبة القانونية، بغداد.

19- الخاطر شريف يوسف(2011)، **التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه – دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية ، القاهرة.

20- خالد، محمد (2000)، **موسوعة التحكيم التجاري الدولي**، ط1، دار الشروق، القاهرة.

21- الخالدي، إيناس خلف (2016)، **التحكيم والوسائل البديلة لحل المنازعات.**

22- الخليل، أحمد (2013)، **قواعد التحكيم، ط1، منشورات الحلبي**، بيروت، لبنان.

23- الدوري، قحطان عبد الرحمن (2002)، **عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، دار الفرقان للنشر والتوزيع، عمان الأردن.

24- رشاد، سامية (1984)، **التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الكتاب الأول، اتفاق التحكيم**، دار النهضة العربية.

25- الرفاعي، أشرف عبد العليم (2003)، **اتفاق التحكيم**، دار الفكر الجامعي.

26- الرفاعي، أشــــرف عبد العليم (2003)، **النظام العام والقانون واجب التطبيق**، دار الفكر الجامعي.

27- الزعبي، محمد داود، **دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات.**

28- السرحان، بكر ودرادكه، لافي (2009)، **آلية تنفيذ أحكام التحكيم في الأردن (دراسة مقارنة) في ظلّ قانون التحكيم الأردني**، بحث منشور، المجلد 15، العدد2.

29- ســــلامة، أحمد عبد الكريم (2006)، **التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية**، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة.

30- السنهوري، عبد الرزاق (1980)، **نظرية العقد**، منشورات محمد الداية، لبنان، بيروت.

31- شحاته، محمد نور (1993)، **النشأة الثقافية للسلطات القضائية للتحكيم**، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة.

32- شرف الدين، أحمد (2007)، **قواعد التحكيم**، ط1، شركة ياس للطباعة، القاهرة.

33- شـرف الدين، احمد (من دون سـنة طبع)، **دراسـات في التحكيم في منازعات العقود الدولية،** ط1 ، مطبعة أبناء وهبة حسان ،القاهرة.

34- الشواربي، عبد الحميد (1996)، **التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء والتشريع**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.

35- صـادق، هشام علي (2001)، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**، ط2، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية.

36- الصـادي، أحمد السيد (2002)، **التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية**، القاهرة.

37- الصـانوري، مهند أحمد (2005)، **دور المحكم في خصـومة التحكيم الدولية الخاص**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع.

38- عاشـور، مبروك (1988)، **النظام الإجرائي لخصـومة التحكيم**، ط2، دار النهضـة العربية، القاهرة.

39- عباس، عبد الهادي وهواش، جهاد (1997)، **التحكيم في المنازعات الدولية**، ط2، المكتبة القانونية، دمشق.

40- عبد السـتار، يوسـف سـحر (2006)، **المركز القانوني للمحكم دراسـة مقارنة**، دار النهضـة العربية، القاهرة.

41- عبد الصادق، أحمد محمد (2014)، **المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي**، دار القانون للإصدارات القانونية، ط1.

42- عطية، عزمي عبد الفتاح (1990)، **قانون التحكيم الكويتي**، ط1، الكويت: مطبوعات جامعة الكويت.

43- علي، صـادق هشـام (1976)، **تنازع الاختصـاص القضـائي الدولي**، ط2، مكتبة النهضـة العربية، القاهرة.

44- علي، صادق هشام (2006)، **التحكيم وعلاقته بالقضاء**، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة.

45- عمر، نبيل إسماعيل (2004)، **التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية**، ط1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية.

46- العوا، محمد سـليم (1999)، **اختيار المحكمين واختيار أمكن التحكيم**، ط1، دار النهضـة العربية، القاهرة.

47- غصـن، خليل عمر (2005)، **سـلطة المُحكّم الأمرية في التحكيم الداخلي**، ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

48- فوزي، محمد سامي (1997)، **التحكيم التجاري الدولي**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

49- الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، **القاموس المحيط**، مؤسسة الحلبي وشركاؤه للطبع والنشر، القاهرة، ج4، ص98.

50- القشطيني، سعدون ناجي (1972)، **شرح أحكام المرافعات الجزء الأول**، ط1، دار المعارف، القاهرة.

51- القصـاص، عبد محمد (2003)، **حكم التحكيم، دراسـة تحليلية في قانون التحكيم المصـري والمقارن**، دار النهضة العربية، القاهرة.

52- القطاونة، مصعب، **شرح نصوص قانون التحكيم الأردني** (2012)، عمان، العبدي، ط1.

53- كاظم، حنتوش سـلمان (1994)، **دراسـة متخصـصـة فيعقد التحكيم في التشـريع العراقي**، منشورات المعهد القضائي العراقي، بغداد.

54- محمود السيد أحمد (2003)، **مفهوم التحكيم**، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة.

55- محمود، بربري (2004)، **التحكيم التجاري الدولي**، ط3، النهضة العربية، القاهرة.

56- مراد، عبد الفتاح، **شرح تشريعات التحكيم الداخلي والدولي** (1997)، مصر، الاسكندرية.

57- مشـــيمش، جعفر (2009)، **التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية وأســـباب بطلان القرار التحكيمي وآثاره**، ط1، منشورات زين الحقوقية، الرباط.

58- المواجدة، مراد محمود (2010)، **التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دارسة مقارنة**، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان.

59- المؤيد، محمد عبد الله محمد، **منهج القواعد الموضـــوعية** (1998)، دار النهضـــة العربية، القاهرة.

60- النمر، أبو العلا علي، **المحكمون، دراسة تحليلية لإعداد المحاكم**، جامعة عين شمس.

61- الهداوي، حســـن (1972)، **تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص العراقي**، ط2، مطبعة الرافدين.

62- هشـام، خالد (2007)، **جدوى اللجوء إلى التحكيم الدولي مزاياه**، كلية الحقوق، جامعة طنطا، قناة المعارف، الإسكندرية.

ثانياً: الرسائل والابحاث والدورات الجامعية

1- البستنجي، ياسر عبد الهادي (2007)، **دور التحكم في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في الأردن**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة مؤتة، عمادة الدراسات العليا، الحقوق، قسم القانون الخاص.

2- البطوش، عبد الله محمد سـلامة (2014)، **التحكيم كوسـيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، كلية الدراسات العليا، قسم القانون المقارن.

3- الخراز، أشجان (2008)، **الطبيعة القانونية لحكم التحكيم**، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين.

4- راغب فهمي، وجدي (1974)، **النظرية العامة للعمل القضائي**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، الإسكندرية.

5- الصالح، إيلاف خليل (2014)، **القانون الواجب التطبيق على التحكيم دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، القانون الخاص.

6- فاروق محمد حسني، وفاء (2000)، **مسؤولية المُحكّم – دراسة مقارنة**، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة عين شمس.

7- محي، حسـام عبد اللطيف (2007)، **دور المُحكّم في إجراءات التحكيم الداخلي – دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد.

8- مصـطفى، سـوزان غازي (2009)، **فض منازعات عقود توريد التكنولوجيا عن طريق التحكيم**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، القانون الخاص.

9- ناطق صـالح، مصـطفى (2005)، **المُحكّم التجاري الدولي – دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل.

10- نجم، رياض نجم (2013)، **ضمانات أطراف التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة**، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.

11- هامل، نوري (2009)، **الجوانب القانونية لعقد التحكيم الالكتروني – دراســـــة مقارنة**، أطروحة دكتوراه، الجامعة اللبنانية.

12- الهيفي، ســـعد خليفة (2013)، **القانون واجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني**، رســـالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، القانون الخاص.

ثالثاً: المجلات

1- الزيادي، إســـماعيل، التحكيم والقضـــاء، تمايز أم تكامل، **مجلة التحكيم العالمية**، العدد السابع عشر.

2- زيدان مثنى هاشـــم (2013)، حكم التحكيم التجاري في المنازعات المشـــروعات الدولية لمشتركة، **مجلة التشريع والقضاء**، السنة الخامسة، العدد1، كانون الثاني.

3- الشلقاني ، احمد (1966)، التحكيم التجاري، **مجلة إدارة قضايا الحكومة**، العدد الرابع.

4- عبد الله، محمود ســـلطان (2010)، الدفع في النظام العام وأثره، بحث منشـــور في **مجلة الرافدين للحقوق**، المجلد 12، العدد 43.

5- **مجلة الأحكام العدلية** الصادرة عن قسم الإعلام القانوني في وزارة العدل /1/4 س أ.

6- **مجلة نقابة المحامين الأردنية**، 1972، ص380-383.

7- يوسف، علوان محمد (1976)، الاتجاهات الحديثة في العقود الاقتصادية الدولية، منشور في **مجلة الحقوق العراقية**، العدد من 3-4، (2008).

رابعاً: التشريعات

1- **اتفاقية واشنطن** لعام (1965).

2- الأنباري، صباح صادق جعفر (2014)، **قانون المرافعات المدنية رقم 3 لسنة 1969 وتعديلاته،** كلية القانون والقضاء، بغداد.

3- **بروتوكول جنيف 1923**، مادة 29.

4- تمييز / حقوق رقم 54/132 المنشور في جملة نقابة المحامين لسنة 1954/ جـ1، المبادئ العامة لمحكمتي التمييز والعدل العليا. وتمييز حقوق رقم 2010/1783 هيئة خماسية تاريخ 2010/10/6 منشورات مركز عدالة.

5- تمييز حقوق رقم 86/845 مجلة نقابة المحامين 1989، ج6، المبادئ العامة لمحكمتي التمييز والعدل العليا.

6- **قانون التحكيم الأردني** رقم 31 لسنة 2001م.

7- **قانون التحكيم الأردني**، مادة (24).

8- **قانون التحكيم التجاري المصري** الجديد رقم 27 لسنة 1994.

9- **قانون التحكيم المصري**، مادة (25).

10- **القانون الفرنسي** والمادة (1484).

11- **القانون المدني العراقي** من المادة (32).

12- **القانون المدني المصري**.

13- القانون المدني الأردني.

14- **قانون المرافعات الفرنسي**، مادة (1457).

15- **قانون المرافعات المدنية العراقي** 83 لسنة 1969م.

16- **القانون المصـري** رقم 27 لسـنة 1994 المتعلق في التحكيم في المواد المدنية والتجارية، مادة 12/5.

17- **القانون النموذجي اليونسترال** الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة سنة 1985، مادة 2/7.

18- **القرار 355 هيئة عامة أولى 1971**، الصـادر بتاريخ 1972/5/13، النشـرة الفضـائية محكمة التمييز العدد2.

19- **مجموعة الأحكام العدلية** العدد الأول من السـنة 6 لسـنة 1975 رقم قرار 363 تاريخ القرار 1975/12/5.